

**DIE ENTSPRECHENDE ANWENDUNG DES § 254 ABS. 1 BGB
IM HINBLICK AUF EINE TEILUNGSERÖFFNUNG
AUSSERHALB DES SCHADENSRECHTS**

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Ulf Hasper
aus Esslingen/N.
Stuttgart 1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Gesamtherstellung

Blasaditsch GmbH • 89 Augsburg 17 • Theodor-Heuß-Platz 3 • Telefon (0821) 51 85 63

Die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB im Hinblick
auf eine Teilungseröffnung außerhalb des Schadensrechts

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Ulf Hasper
aus Esslingen/N



Dekan: Prof. Dr. Detlef Liebs

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Elmar Bund

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Peter Arens

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Februar 1980

I.

I n h a l t

Inhaltsverzeichnis	I.
Abkürzungsverzeichnis	VIII.
Literaturverzeichnis	XII.
Rechtsprechungsübersicht	XXVIII.
Einleitung	1
Kap. I: Methodik der Ausdehnung des § 254 Abs.1 BGB auf den außerschadensersatzrechtlichen Bereich	6
§ 1 Allgemeines	6
§ 2 Die Lückenhaftigkeit des Rechts, bzw. Gesetzes	6
A. Allgemeines	6
B. Begriff der Lücke	7
C. Einteilung der Lücken	8
§ 3 Die Lückenausfüllung	10
A. Die Lückenfeststellung	10
B. Die Methode der Ausfüllung	11
§ 4 Die Analogie	11
A. Begriff der Analogie	11
B. Die Analogiefähigkeit des § 254 Abs.1 BGB	13
C. Die analogiefähige Grundaussage des § 254 Abs.1 BGB	14
I. Die Eröffnungsnorm (Haftungsverteilung)	14
II. Die Teilungsnorm (Abwägung)	14
D. Die Methode der Analogie	15
Kap. II: Der Rechtsgedanke der Eröffnungsnorm des § 254 Abs.1 BGB	19
§ 5 Allgemeines	19
§ 6 Die Ermittlung des Grundgedankens	20
A. Methodische Vorbemerkung	20
B. Geschichtliche Betrachtung	21
C. Wortlaut und Systematik des § 254 Abs.1 BGB	24

II.

I. Eröffnungs- und Teilungsnorm	24
II. Tatbestand des § 254 Abs.1 BGB	25
III. Rechtswidrigkeit und Verschulden - der Verschuldensbegriff des § 254 Abs.1 BGB	26
1. Unterscheidung objektiver und subjektiver Tatbestand	26
2. Der objektive Tatbestand	28
a) Echtes Verschulden	28
b) venire contra factum proprium	28
c) Verschulden wegen allgemeiner Widerrechtlichkeit	29
d) Rechtswidrigkeit wegen Erfolgs- verwirklichung	30
e) Hypothetische Rechtswidrigkeit	30
f) Verursachung	31
g) qualifizierte Verursachung	32
h) Obliegenheitsverletzung	33
i) Verschulden gegen sich selbst	35
k) Verschulden wegen Pflichtver- letzung gegen andere	38
3. Der subjektive Tatbestand	40
a) Die Lehre des technischen Verschuldens	40
b) Die Lehre des untechnischen Verschuldens	40
§ 7 Der Rechtsgedanke des § 254 Abs.1 BGB	43
A. Allgemeines	43
B. § 254 Abs.1 BGB als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben	44
I. Darstellungen der Meinungen	44
II. Eigene abweichende Meinung	46
C. Eigenständiger Rechtsgedanke	49
I. Darstellung der Meinungen	49
II. Eigene Meinung	50
1. Ermittlung des Rechtsgedankens	50
2. Bewertung des Mitverschuldens	51

III.

3. Aufgabenbestimmung des Zivilrechts im Bereich der Haftung	52
4. Zurechnungskriterien im Haftungsrecht unter Berücksichtigung des Mitverschuldens	54
5. Bewertung der Zurechnungskriterien	57
6. Der Rechtsgedanke	61
Kap.III: Die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	62
§ 8 Beispiel der Gefährdungshaftung	62
§ 9 Allgemeines	64
§ 10 Einzelfälle der analogen Anwendung	65
A. Im BGB	65
I. Beim Zustandekommen des Vertrages - Vertretung	65
1. Einführung in die Fragestellung	65
2. Mißbrauch der Vertretungsmacht	67
3. Frage der direkten Anwendung des § 254 Abs.1 BGB	69
4. Lückenfeststellung und Analogiefähigkeit	70
II. Erfüllungsansprüche	74
1. Allgemeiner Erfüllungsanspruch	74
a) Begriff der Erfüllung	74
b) Lückenfeststellung	75
2. Einzelne Erfüllungsansprüche	77
a) Mietvertrag	77
b) Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten	79
c) Bürgschaft	80
3. Vertragliches Garantieverprechen (Scheckkartengarantie)	81
a) Einführung in die Fragestellung	81
b) Lückenfeststellung	82
c) Analogiefähigkeit	83
d) Kritik an der h.M.	83

IV.

III. Gewährleistungsanspruch	84
1. Kaufrecht	84
a) Rechtsmangel	84
b) Sachmangel	85
ba) Gattungskauf	85
bb) Stückkauf	85
(1) Wesen der Sachmängelhaftung beim Stückkauf	85
(2) Lückenfeststellung	88
(3) Analogiefähigkeit	97
(4) Rechtsfolgen der Analogie	100
2. Werkvertragsrecht	103
a) Darstellung der Rechtsprechung	103
b) Rechtsnatur des Gewährleistungsanspruches	105
c) Lückenfeststellung	106
3. VOB	107
a) Rechtscharakter der VOB	107
b) Teilung bei höherer Gewalt	108
c) Teilung bei zurechenbarer Mitverursachung	111
IV. Auftrag	113
1. Begriff der Aufwendung	113
2. Analogiefähigkeit des § 254 Abs. 1 BGB	115
a) Darstellung der Rspr.	115
b) Eigene Meinung - Lückenfeststellung	119
V. Geschäftsführung ohne Auftrag	123
1. Einführung in die Fragestellung	123
2. Darstellung der Rechtsprechung	124
3. Frage der Rechtsähnlichkeit	125
4. Anwendung des § 242 BGB	128
VI. Maklerlohn	
Verwirkung des Maklerlohns	130

V.

VII. Bereicherungsrecht	131
1. Darstellung der Meinungen	131
2. Lückenfeststellung	135
3. Allgemeine Schlußfolgerung	138
VIII. Unterlassungsanspruch	139
1. Allgemeiner Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB	139
a) Darstellung der Rechtsprechung und Stellungnahme dazu	139
b) Darstellung der Literatur und Mindermeinung	144
c) Rechtsgedanke des Unterlassungs- anspruchs	145
d) Lückenfeststellung	147
e) Analogie oder Erst-recht-Schluß	149
2. Vorbeugende Unterlassungsklage	150
a) Darstellung der Rechtsprechung (LG Frankenthal)	150
b) Gegenmeinung von Larenz	151
c) Eigene Meinung	154
IX. Herausgabeanspruch nach § 985 BGB	155
1. Darstellung der h.M.	155
2. Darstellung der Mindermeinung	156
3. Eigene Meinung	157
X. Sonstige sachenrechtliche Vorschriften	160
1. Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs.2 Satz 2 BGB	160
a) Darstellung der Meinungen	161
b) Eigene Meinung	162
2. Überbau gem. §§ 912 ff. BGB	163
a) Rechtsgedanke des § 912 BGB	164
b) Lückenfeststellung	165
B. Arbeits- und Sozialversicherungsrecht	168
I. Lohnanspruch	168
1. Darstellung der Meinungen	168
2. Eigene Meinung	170

VI.

II. Mankohaftung	172
III. Ansprüche aus § 617 BGB	174
IV. Ansprüche der Berufsgenossenschaft aus der Reichsversicherungsordnung (RVO)	175
1. Einführung in die Fragestellung	175
2. Direkte oder entsprechende An- wendung des § 254 Abs.1 BGB	176
3. Lückenfeststellung	177
4. Analogiefähigkeit	179
C. Anhang	182
I. Handelsrecht	182
1. Übernahme eines Handelsgeschäftes	182
2. Gutgläubiger Erwerb gem. § 366 HGB	184
3. Ansprüche aus Frachtvertrag und Haverei	186
II. Wechsel- und Scheckrecht	187
1. Wechselvermutung gem. Art.16 Wechselgesetz (WG)	187
2. Gutgläubiger Erwerb gem. Art.21 Scheckgesetz	187
III. Zivilprozeßrecht	188
1. Rechtskraftwirkung gem. § 68 ZPO	188
2. Abänderungsklage gem. § 323 ZPO	189
IV. Öffentliches Recht	191
1. Aufopferungsanspruch	191
2. Enteignungsgleicher Eingriff	196
§ 11 Zusammenfassung der analogen Anwendungsfälle des § 254 Abs.1 BGB (Eröffnungsnorm)	198
Kap.IV: Die gesetzessübersteigende Rechtsfortbildung	201
§ 12 Das Rechtsprinzip	201
A. Allgemeines	201

VII.

B. § 254 Abs.1 BGB als allgemeine Teilungsnorm	203
C. Inhalt und Grenzen des in § 254 Abs.1 BGB enthaltenen Rechtsprinzips	206
§ 13 Die Formfassung des Rechtsprinzips	210

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Allg.	Allgemeiner, Allgemeines
ALK	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
BEG	Bundesentschädigungsgesetz
begr.	begründet
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BLG	Bundesleistungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Betr.	Der Betrieb

ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DAR	Deutsches Autorecht
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DR	Deutsches Recht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f.	folgende Seite
Festschr.	Festschrift
ff.	folgende Seiten
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GewuKfmG	Gewerbe- und Kaufmannsgericht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
grds.	grundsätzlich
HGB	Handelsgesetzbuch
Halbbd.	Halbband
HansGZArbR	Hanseatische Gerichtszeitung Arbeitsrecht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
JherJB	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Jus	Juristische Schulung

Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M.E.	Meines Erachtens
Mot.	Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen des Oberlandesgerichts
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PostG	Postgesetz
RdA	Recht der Arbeit
Rnd.Nr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHG	Reichsheimstättengesetz
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
SchBereichG	Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die militärische Verteidigung (Schutzbereichsgesetz)
SeuffArch	Seufferts Archiv
SHG	Gesetz zur Milderung dringender sozialer Mißstände (Soforthilfegesetz)

s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
StPO	Strafprozeßordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
u.	und
u.a.	und andere, unter anderem
Übers.	Übersicht
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	von, vom
VersR.	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkung
Warn Rspr	Rechtsprechung des Reichsgerichts, heraus- gegeben von Warneyer
WG	Wechselgesetz
WM (WPM)	Wertpapiermitteilung
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Adriani, Hans
Der Schuldbegriff in § 254 BGB
Diss. Göttingen 1938
- Aumann, Peter
Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen
Dogmengeschichte
Diss. Hamburg 1964
- Ballerstedt, Kurt
Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäfts-
abschluß durch Stellvertreter
in AcP 151, 501 ff.
- Baumbach-Hefermehl
Wechselgesetz und Scheckgesetz, Kurzkommentar
11. Aufl., München 1973
- Baumbach-Lauterbach
Zivilprozeßordnung, Kurzkommentar
35. Aufl., München 1977
- Baur, Fritz
Lehrbuch des Sachenrechts
10. Aufl., München 1978
- Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechtes,
Berlin 1935
- Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB
in AcP 160, 465 ff.
- Belemann, Gerd-Dieter
Die Anwendung des § 254 BGB auf den Ersatzanspruch
eines Kraftfahrers aus GoA
in MDR 1963, 186 ff.
- Beling, Ernst
Die Lehre vom Verbrechen,
Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906,
Aalen 1964
- Bender, Bernd
Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1974
- Bienefeld, Rudolf
Die Haftung ohne Verschulden,
Berlin/Wien 1933
- Bierling, Ernst-Rudolf
Juristische Prinzipienlehre
IV. Band, 1911,
Neudruck Aalen 1961
- Blomeyer, Arwed
Allgemeines Schuldrecht
4. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1969

Böhmer, Emil

Zur Frage der entsprechenden Anwendung des § 278 BGB bei mitwirkendem Verschulden des Beschädigten in NJW 1961, 62 ff.

- Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden in MDR 1962, 778 ff.

Böhmer, Gustav

Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung,
Erstes Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der
Gesamtrechtsordnung
Tübingen 1950

Zweites Buch, erste Abteilung:
Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts,
Tübingen 1951

Zweites Buch, zweite Abteilung:
Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung,
Tübingen 1952

Bondi, Felix

Analoge Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche auf fristlose Entlassung
in GewuKfmG 30, 558

Brinz, Alois

Lehrbuch der Pandekten
II. Band, 1. Abteilung, 2. Aufl.,
Erlangen 1879

Brox, Hans

Allgemeines Schuldrecht
6. Aufl., München 1977

Brüggemann, Dieter

Schadensausgleich bei Selbstopferung in kritischer Verkehrslage
in DAR 54, 151 ff.

Bund, Elmar

Die Analogie als Begründungsmethode im deutschen Recht der Gegenwart
in Sonderdruck aus "Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft",
77. Band, Heft 1/2, Heidelberg 1978, S. 115 ff.

Caemmerer, Ernst von

Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht,
Freiburg 1956

- Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof in "Ansprachen aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofes am 3. Oktober 1975, Karlsruhe 1975, S. 21 ff

Canaris, Claus-Wilhelm

Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremden Interesse, in RdA 66, 41 ff.

- Die Feststellung von Lücken im Gesetz,
Berlin 1964
- Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,
Berlin 1969

- Cohn, L. Untersuchungen zu § 254 BGB
in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen
Rechts, begründet von Dr. J.A. Gruchot,
Berlin 1899, 43, S.96 ff.; 376 ff.
- Croix, Feaux de la
Die Entschädigung bei Hilfeleistungen in Not- und
Unglücksfällen
in NJW 1939, 457 ff.
- Crome, Carl
System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band,
Tübingen und Leipzig 1900
- Dernburg, Heinrich
Pandekten, I. Band, Berlin 1884
- Pandekten, II. Band, Berlin 1886
- Dersch-Knoll-Brockhoff-Schieckel, Schroeter, Völcker
RVO-Gesamtkommentar, Loseblattsammlung,
Wiesbaden 1967, Stand Dez. 1978
- Deutsch, Erwin
Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren,
Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Die Selbstopferung im Straßenverkehr
in AcP 165 (1965), 193 ff.
- Dunz, Walter
Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung
in NJW 1964, 2133
- Wesen und Grenzen des eigenen Mitverschuldens
in JZ 1961, 406
- Berücksichtigung des eigenen Mitverschuldens
gegenüber mehreren Haftpflichtigen
in JZ 1955, 727
- Eccius, M.E.
Preußisches Privatrecht, I. Band
7.Aufl., Berlin 1896
- Ehrenzweig, Albert
Die Schuldhaftung im Schadensersatzrecht,
Wien 1936
- Eilts, Andreas
Das mitwirkende eigene Verschulden des Beschädigten
und seiner Hilfsperson nach § 254,
Diss., Göttingen 1928

Elze, Hans

Lücken im Gesetz, Begriff und Ausfüllung
München und Leipzig 1916

Engisch, Karl

Einführung in das juristische Denken
5.Aufl., Stuttgart 1971

Endemann, Friedrich

Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band
3. u. 4. Aufl., Berlin 1898

Enneccerus-Lehmann

Recht der Schuldverhältnisse, II. Band
15. Bearbeitung, Tübingen 1958

Enneccerus-Nipperdey

Allgemeiner Teil, I. Band, I. Halbband
Tübingen 1959

- Allgemeiner Teil, I. Band, II. Halbband
15. Aufl., Tübingen 1960

Erdmann, Elisabeth

Anrechnung schadensmindernder Handlungen des Geschädigten auf den ihm zu leistenden Schaden,
Diss., Köln 1934

Erman, Walter

Handkommentar zum BGB, 1. u. 2. Band
6.Aufl., Münster 1975

Esser, Josef

Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil,
4.Aufl., Karlsruhe 1970

- Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil,
4.Aufl., Karlsruhe 1971

- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung
Frankfurt 1970

- Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung
des Privatrechts,
3.Aufl., Tübingen 1974

- Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes
Verschulden seiner Hilfsperson
in JZ 1952, 257

- Interessenjurisprudenz heute
in Juristen Jahrbuch 1960, 111 ff.

Esser-Schmidt

Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1
5.Aufl., Karlsruhe 1975

Esser-Weyers

Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1,
5.Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1977

Fabricius, Fritz

Die mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen
in JZ 1967, 464 ff.

Fikentscher, Wolfgang

Schuldrecht,
6.Aufl., Berlin, New York 1976

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II.Band:
Das Rechtsgeschäft
Berlin, Heidelberg, New York 1975

- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.3.1961
in JZ 1961, 602 f.

Fröhner - Die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf die "Ansprüche aus
dem Eigentum" (§ 985 ff. BGB)
in Das Recht 1920, 141

Gagewski, Heinz-Ulrich

Die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf dem Gebiet der
Gefährdungshaftung,
ungedruckte Diss., Kiel 1952

Genius, Klaus

Risikohaftung des Geschäftsherrn
in AcP 173, 481 ff.

Gerlach, Oskar

Haftung des Schiffseigners
in JW 1912, 717 ff.

Gernhuber, Joachim

Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens
in AcP 152,69 ff.

Goebel, H.

Mitwirkendes Verschulden des Angestellten bei unbegründeter Entlassung
in Das Recht 1914, 102

Gottschalk, Alfred

Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei
Schadensersatzansprüchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch,
Diss., Berlin 1903

Hasse, Johann Christian
Die Culpa des Römischen Rechts
Kiel 1815

Haymann, Franz
Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht
in SZ 42(1921), S.357 ff.

Heck, Philipp
Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz
Tübingen 1914

- Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929
- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz
Tübingen 1932
- Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue
in DJZ 1905, Nr.24, S.1140 ff.

Hedemann, Justus Wilhelm
Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX.Jahrhundert,
I. Teil, Berlin 1910

- Die Flucht in die Generalklausel
Tübingen 1933
- Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches
3.Aufl., Berlin 1949

Henle, Rudolf
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II.Schuldrecht, Teil 1
Rostock 1934

Herberger, Klaus
Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch
Berlin 1974

Herrfahrdt, Heinrich
Lücken im Recht
Diss., Bonn 1915

Huber, Anton
Die Haftung des Geschäftsherrn für schuldlos erlittene
Schäden des Geschäftsführers beim Auftrag und bei der
berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag,
Diss., München 1965

Huber, Ulrich
Der Unfall des betrogenen Gebrauchswagenverkäufers
in JuS 1972, 439 ff.

Hubmann, Heinrich
Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 22.12.67 - V ZR 11/67 -
in JZ 1968, 271 f.

- Grundsätze der Interessenabwägung
in AcP 155, 85 ff.

Hueck, Alfred

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft,
4.Aufl., Berlin, New York 1971

Ilgenfritz, Georg

Die Haftung von Unternehmern und anderen Personen
nach dem Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz
in NJW 1963, 1046 ff.

Imlau, Erich

Selbstaufopferung des Kraftfahrzeughalters und
Betriebsgefahr
in NJW 1963, 1039 ff.

Ingenstau/Korbion

VOB, Teil a + b, Kommentar
7.Aufl., Düsseldorf 1974

Jakisch, Hans

Der Begriff der Erfüllung im heutigen Recht
in Jehrings Jahrbücher 68, 287 ff.

Kablitz, Hans

Zur beabsichtigten Neufassung des § 254 BGB
in JZ 1959, 348

Lalée -

Entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche
aus fristloser Entlassung
in GewuKfMG 31, 413

Kaufmann, Arthur

Analogie und Natur der Sache,
Karlsruhe 1963

Keller, Rolf

Mitverschulden als Generalklausel und als Spezial-
korrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen,
schweizerischen und französischen Recht,
Diss., Tübingen 1965

Kipp, Theodor

Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht
in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben,
Band 2, Berlin 1929, S.273

Klauser, Karl-August

Abwägungsgrundsätze zur Schadensverteilung bei Mit-
verschulden und Mitverursachung
in NJW 1962, 369 ff.

Koetel -

Billigkeitshaftung von Kindern und Jugendlichen
in NJW 1956, 969

König, Wilhelm

siehe unter Reinhardt, Rudolf

Kretschmar, Paul
Die Erfüllung, I. Teil,
Leipzig 1906

Kühne, Hansdieter
Die Zulässigkeit des Einwandes des Mitverschuldens
des Verletzten beim Ersatzanspruch gem. § 640 RVO
nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
in VersR 1973, 207 ff.

Lange, Hermann
Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterli-
chen Rechtstheorie,
Münster/Köln 1955

Langenbach, Ernst
Anmerkungen zum Urteil des Reichsgerichts vom
17.11.1932 - 283/32 VI -
in JW 1933, 690

Lapp, Günter
Eigenes und fremdes Mitverschulden in § 254 BGB,
Diss., Mainz 1952

Larenz, Karl
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
4.Aufl., München 1977

- Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil I,
11.Aufl., München 1976
- Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II,
11.Aufl., München 1977
- Vertrag und Unrecht, 2. Teil
Hamburg 1937
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
3.Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975
- Anmerkung zum Urteil des Landgerichts Frankenthal
vom 28.7.1954 - 1 S 127/54 -
in NJW 1955, 263
- Die Prinzipien der Schadenszurechnung
in StB 1965, 373

Lechner, Horst
Die Grundvoraussetzungen für die Anrechnung eines
Drittmitverschuldens nach § 254 BGB,
Diss., Saarbrücken 1966

Leonhard, Franz
Das Schuldrecht, I. Band,
München-Leipzig 1929

- Leyden, von
Die sogenannte Culpa-Compensation im Bürgerlichen
Gesetzbuch,
Berlin 1902
- Lieb, Manfred
Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 14.10.1971
- VII ZR 313/69 -
in JZ 1972, 442 ff.
- Liszt, Franz von
Die Deliktsobligationen
Berlin 1898
- Luig, Klaus
Überwiegendes Mitverschulden
in Jus Commune Bd. II (1969), S.187 ff.
- Magnus, Ulrich
Drittmitverschulden im deutschen, englischen und
französischen Recht,
Heidelberg 1974
- Marschall von Bieberstein, Wolfgang
Der Regreß in der sozialen Unfallversicherung und in
der Privatversicherung
in VersR 1972, 991 ff.
- Marton, G.
Verschuldensprinzip, Verursachungsprinzip,
München, Berlin, Leipzig 1926
- Materialien zum Handelsgesetzbuch
in Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustiz-
gesetzen, 6. Band,
Berlin 1897
- Maurach-Zipf
Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1,
5. Aufl., Karlsruhe 1977
- Mayer-Falk, Gerhard
Eigene Verschulden, Tatbestand und Rechtsfolge nach
§ 254 BGB,
Diss., Marburg 1929
- Mertens, Hans-Joachim
Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- Der Referentenentwurf zur Änderung des Schadensersatz-
rechts
in FamRZ 1968, 130 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim
Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerecht-
fertigten Bereicherung
in JZ 1958, 521

- Moezer, Hansjoachim
Die Haftung der Betriebe im Vollzug der Gewerbesteuer-
ausgleichsbestimmungen
in NJW 1958, 1712
- Molitor, Erich
Schuldrecht II, Besonderer Teil,
7.Aufl., München 1965
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich, Band I. und II.,
Berlin und Leipzig 1888
- Mugdan, B.
Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetz-
buch für das Deutsche Reich,
I. Band: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil,
II. Band: Recht der Schuldverhältnisse,
Berlin 1899
- Müller-Erzbach, Rudolf
Gefährdungshaftung und Gefahrtragung
in AcP 106, 309 ff.
- Münzberg, Wolfgang
Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage
in JZ 1967, 689 ff.
- Nikisch, Arthur
Zivilprozeßrecht
Tübingen 1950
- Obermüller, Walter
Ausgleichsansprüche des Ausstellers eines Leerwechsels
gegen Akzeptanten und Vermittler
in NJW 1958, 1331 ff.
- Oertmann, Paul
Recht des Bürgerlichen Gesetzbuch,
Zweites Buch: Schuldrecht, II. Abteilung,
3.Aufl., Berlin und Leipzig 1929
- Offtermatt, Gerhard
Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch,
Stuttgart 1937
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch
37.Aufl., München 1978
- Pernice, Alfred - Labeo
Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der
Kaiserzeit, II. Band, 1.Abteilung,
2.Aufl., Halle 1895

- Planck - Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II.Band, 1.Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allg.Teil), §§ 241-432, 4.Aufl., Berlin 1914
- Planck-Siber
Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Berlin 1914
- Planitz-Eckhardt
Deutsche Rechtsgeschichte, 3.Aufl., Graz-Köln 1971
- Prölß-Martin
Versicherungsvertragsgesetz 21.Aufl., München 1977
- Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen, deutschen Handelsgesetzbuch, Würzburg 1858
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard
I. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897
II. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897
- Raape, Leo
Probleme der Wandlung und Minderung in Festschrift für Lehmann Berlin 1937, S.159 ff.
- Radbruch, Gustav
Rechtsphilosophie 8.Aufl., Stuttgart 1973
- Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, Teil II, Begründung, Karlsruhe 1967
- Rehbein-Reincke
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 1.Band 5.Aufl., Berlin 1894
- Reinhardt, Rudolf - König, Wilhelm
Richter und Rechtsfindung, München und Berlin 1957
- Reinicke, Dietrich
Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof JuS 1964, 421 ff.

Reichsgerichtsräte-Kommentar

Des bürgerliche Gesetzbuch, Band I, 2. Teil
11. Aufl., Berlin 1960

Riezler, Erwin

Venire contra factum proprium
Leipzig 1912

Rogalski, Regina

Der Selbstaufopferungsanspruch des Kraftfahrers,
Diss., Münster 1965

Rosenthal, Heinrich

Bürgerliches Gesetzbuch,
15. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1965

Rother, Werner

Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht,
München, Berlin 1965

- Grenzen des mitwirkenden Verschuldens
in NJW 1966, 326

Rümelin, Max

Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und
Zivilrecht
in AcP 90, 171 ff.

- Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht,
Tübingen 1909
- Schadensersatz ohne Verschulden,
Tübingen 1910
- Die Billigkeit im Recht,
Tübingen 1921

Ruppert, Werner

Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneiger
Arbeit,
2. Aufl., Kassel 1961

Sauer, Wilhelm

Juristische Methodenlehre
Stuttgart 1940, Neudruck Aalen 1970

Schäfer, Herbert

Rechtswidrigkeit und Verschulden im Rahmen des § 254 BGB,
Diss., Köln 1969

Schäfer-Finnern

Rechtsprechung der Bau-Ausführung,
Düsseldorf, laufende Sammlung

Schaub, Günter

Arbeitsrechts-Handbuch,
3. Aufl., München 1977

Schey, Josef

Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch,
1. Band, 1. Halbband,
2. Aufl., Wien 1964

Schiedermaier, Gerhard

Das Anwendungsgebiet des § 162 BGB
Bonn 1929

Schlegelberger-Gessler

Kommentar zum HGB, III. Band,
4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1965

Schmidt, Eike

Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts
in Vahlens Rechtsbücher, Grundlagen des Vertrags-
und Schuldrechts, Reihe Zivilrecht, Band 1
München 1974, S. 465 ff.

Schmidt, Reimer

Die Obliegenheiten,
Karlsruhe 1955

Schmidt-Futterer/Blank

Wohnraumschutzgesetze, Kommentar,
3. Aufl., München 1979

Schminke- Analoge Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche aus
fristloser Entlassung
in GewKfMG 30, 479

Schneider, K.

Der Gedanken von Treu und Glauben in § 254 Abs. II
des BGB
in ArchBürgR 37, 160 ff.

Schollmeyer, Friedrich

Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf
in Jehrings Jahrbücher 49, 93 ff.

Scholtz, Walter

Die Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB in den Fällen
der Gefährdungshaftung unter besonderer Berücksichti-
gung der Tierhalterhaftung und des Reichshaftpflicht-
gesetz
Diss., Göttingen 1929

Schröder, J.U.

Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 im zweiten
Absatz des § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches
in AcP 95, 298 ff.

Schunck/De Clerck

Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes
und der Länder,
8. Aufl., Siegburg 1978

Selb, Walter

Schadenbegriff und Regreßmethoden
Heidelberg 1963

Skonietzki-Geldcke

Zivilprozeßordnung, I. Band
Berlin 1911

Soergel-Siebert

Bürgerliches Gesetzbuch
Band I, 11.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978
Band II, 10.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978

Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band II, Teil 1c, 11.Aufl., Berlin 1959
Band II, Teil 2, 11.Aufl., Berlin 1954
Band II, Teil 3, 11.Aufl., Berlin 1958
Band II, Teil 4, 11.Aufl., Berlin 1958
Band II, Teil 5, 10/11.Aufl., Berlin 1975
Band III, Teil 1, 11.Aufl., Berlin 1956

Stoll, Heinrich

Vertrag und Unrecht, 2.Aufl. besorgt von Wilhelm
Felgenträger, 1.Halbband,
Tübingen 1942

Süß, Theodor

Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel,
Leipzig 1931

Tempel, Otto

Die Stellvertretung,
in Vahlens Rechtsbücher, Grundlagen des Vertrags- und
Schuldrechts, Reihe Zivilrecht, Band 1,
München 1974, S.216 ff.

Tilman, Winfried

Haftungsbegrenzung im Äußerungsdeliktsrecht
in NJW 1975, S.758 ff.

Traeger, Ludwig

Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht,
Marburg 1904

Venzmer, Kurt J.

Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatz-
recht,
München, Berlin 1960

Viehweg, Theodor

Topik und Jurisprudenz
4.Aufl., München 1969

Weidner, Ulrich

Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen,
Karlsruhe 1970

Weimar, Wilhelm

Das Mitverschulden von Kindern unter sieben Jahren
in DR 1944, 608 ff.

Wendt, V.

Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.
Bürgerliches Gesetzbuch § 276
in AcP 87, 422 ff.

Wentzel, Klaus

Anmerkungen zum Urteil des OLG Hamm vom 16.9.75
- 7 U 91/75 -
in WPM 1976, 141 f.

Westermann, Harry

Sachenrecht,
5. Aufl., Karlsruhe 1966

- Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei
den Sicherungsrechten aus Fahnris und Forderungen,
Vortrag vom 23.4.1954, Karlsruhe 1954

Weyl, Richard

System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetz-
buche,
München 1905

Wieacker, Franz

Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB,
Tübingen 1956

Wiethölter, Rudolf

Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Ver-
haltens. Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht
Karlsruhe 1960

Windscheid, Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1-3,
7. Aufl., Frankfurt/M 1891

Windscheid-Kipp

Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band,
9. Aufl., Frankfurt/M 1906

Wochner, Manfred

Unfäitliche Schadenersatznorm im Haftpflichtrecht,
Heidelberg 1972

Wolf, Ernst

Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden
in AcP 153, 97 ff.

Wolff, Christien

Institutiones iuris naturae et gentium in quibus ex ipsa
nominis natura continuo nexu omnes obligationes et iura
omnia deducuntur
Hallae Magdeburgicae 1750

- Wolff, Martin
Sachenrecht, 10. Bearbeitung
Tübingen 1957
- Wollschläger, Christian
Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht
in SZ 93 (1976), S.115 ff.
- Zeuner, Albrecht
Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens
im Zivilrecht
in JZ 1966, 1 ff.
- Zippelius, Reinhold
Einführung in die juristische Methodenlehre,
2. Aufl., München 1974
- Zitelmann, Ernst
Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil,
Leipzig 1900
- Zusammenstellung der gutachterlichen Äußerungen zu dem Entwurf
eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I,
Neudruck der Ausgabe 1890, Osnabrück 1967
- Zycha, Adolf
Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit,
2. Aufl., Marburg 1949

Wenn der Autor mit einer Veröffentlichung aufgeführt ist,
wird er im folgenden nur mit seinem Namen zitiert.

RechtsprechungsübersichtEntscheidungen des Reichsgerichts:

Tag der Entscheidung	Fundstelle	zitiert auf Seite
13.12.1883	RGZ 11, 341	144
17.10.1884	SeuffArchiv 41 Nr.19	21
22.11.1884	RGZ 15, 206	67
25. 6.1902	RGZ 52, 87	67, 71
9.12.1903	RGZ 56, 267	89
19. 2.1904	RGZ 57, 87	25, 83, 158
24. 2.1906	RGZ 62, 420	186, 206
21.11.1907	RGZ 67, 120	62
11. 5.1908	RGZ 68, 352	189
21. 5.1909	RGZ 71, 187	2, 13, 206
28. 4.1910	WarnRspr.1910, Nr.266	186
2. 7.1910	RGZ 74, 87	164
19. 4.1911	RGZ 76, 146	207
9.11.1911	JW 1912, 71 Nr.8	13
24. 2.1912	JW 1912, 589 Nr.9	144
16. 9.1918	RGZ 93, 281	155, 206
28.11.1918	RGZ 94, 169	118
1. 7.1918	RGZ 95, 51	113
26. 2.1920	RGZ 98, 195	116
17. 9.1920	RGZ 100, 42	35
26.10.1921	RGZ 103, 87	187
6.12.1929	RGZ 126, 356	191, 206
18.12.1929	HRR 1930, Nr.1042	186
19.12.1929	RGZ 127, 29	139
8. 7.1930	RGZ 129, 394	164
17.11.1932	RGZ 138, 327	13, 109, 139, 141, 199
11. 4.1933	RGZ 140, 276	191
28. 6.1933	RGZ 141, 287	75, 79

Entscheidungen des Reichsgerichts:

Tag d. Entscheidung	Fundstelle	zitiert auf Seite
25. 6. 1934	RGZ 145, 40	188
5. 6. 1935	RGZ 148, 114	146
8. 10. 1935	RGZ 149, 34	206
13. 11. 1935	RGZ 149, 205	120
10. 3. 1937	RGZ 154, 161	143
14. 9. 1937	JW 1937, 3104	80
21. 10. 1937	RGZ 156, 193	55
30. 4. 1938	HRR 1938, Nr. 964	183
30. 3. 1939	RGZ 160, 166	165
28. 6. 1940	RGZ 164, 264	49
21. 4. 1941	RGZ 167, 14	191, 192
17. 11. 1941	DR 42, 733	183
30. 3. 1942	RGZ 169, 84	96

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes:

19. 1. 1951	BGHZ 1, 75	101
7. 6. 1951	NJW 51, 797	38
3. 7. 1951	BGHZ 3, 46	35, 49
30. 11. 1951	BGHZ 4, 108	183
23. 6. 1952	BGHZ 6, 319	49, 62
23. 10. 1952	BGHZ 7, 331	193, 195
10. 12. 1952	BGHZ 8, 222	113, 118
31. 5. 1954	BGHZ 13, 360	16
2. 6. 1954	LM, Nr. 7 zu § 254	49
3. 6. 1954	BGHZ 14, 7	131, 132
21. 6. 1954	NJW 54, 1724	44, 48
8. 7. 1954	BB 54, 758	155, 184
14. 12. 1954	NJW 55, 340	144, 199
2. 5. 1955	BGHZ 17, 172	194
18. 5. 1955	VersR 1955, 627	49
17. 12. 1955	LM, Nr. 9 zu § 426	
15. 10. 1956	BGHZ 22, 43	193, 195
27. 11. 1956	VersR 1957, 179	177

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes:

Tag d. Entscheidung	Fundstelle	zitiert auf Seite
28. 3.1957	VersR 1957, 388	116
10.10.1957	BGHZ 25, 300	75, 186
6. 2.1958	BGHZ 26, 337	105
22. 1.1959	LM Nr.5c zu § 254 (A)	80
18. 9.1959	BGHZ 31, 1	194
18. 2.1960	WM 60, 612	66
4. 4.1960	BGHZ 32, 149	96
7.11.1960	BGHZ 33, 251	116, 124
28. 2.1961	Betr. 61, 569	46, 112
14. 3.1961	BGHZ 34, 355	2, 3, 44, 48
5. 2.1962	BGHZ 36, 323	130
5. 2.1962	BGHZ 36, 329	44
10. 4.1962	BGHZ 37, 102	40
12. 7.1962	BGHZ 37, 363	131, 132, 136
27.11.1962	BGHZ 38, 270	114, 116, 128
13.12.1962	NJW 63, 805	105
20.12.1962	VersR 1963, 380	25
5. 3.1963	BGHZ 39, 159	13
11. 3.1963	-VII ZR 176/61-	170
8. 7.1964	WM 64, 1102	109
3.12.1964	-VII ZR 61/63-	112
4. 2.1965	Schäfer-Finnern Z/2400 Bl.41	46, 112
11.10.1965	Schäfer-Finnern Z/2414 Bl.146	46, 112
16. 2.1966	Betr. 66, 415	94
18. 2.1966	WM 66	491
6. 6.1966	BGHZ 45, 290	193
14.11.1966	NJW 67, 248	79, 170
12.12.1966	BGHZ 46, 291	194
22.12.1967	BGHZ in JZ 68, 269	160, 161
18. 1.1968	WM 68, 507	187
25. 3.1968	BGHZ 50, 112	44, 66, 68, 70, 13
14. 3.1969	NJW 69, 1380 Nr.2	96, 109

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes:

Tag d. Entscheidung	Fundstelle	Zitiert auf Seite
8. 1. 1970	BGHZ 53, 144	101
30. 9. 1970	Betr. 70, 2020	151, 152
29. 3. 1971	BGHZ 56, 57	62, 196
11. 5. 1971	BGHZ 56, 163	2, 49
1. 7. 1971	Betr. 71, 1764	46
21. 9. 1971	MDR 72, 57	44
14. 10. 1971	BGHZ 57, 137	44, 101, 131, 132, 138
19. 10. 1971	VersR 1972, 171	179, 199
10. 11. 1971	BGH in WM 1972, 158	97
30. 5. 1972	NJW 72, 1415	44
12. 7. 1973	BGHZ 61, 144	107, 108
15. 1. 1974	NJW 74, 797	44, 176, 179
15. 1. 1974	NJW 74, 860	177
6. 3. 1975	BGHZ 64, 79	81, 82, 198
28. 6. 1978	NJW 78, 2240	90, 91, 93, 94, 100, 103, 198

Entscheidungen anderer Gerichte:

Gericht	Tag d. Entscheid.	Fundstelle	zitiert auf Seite
Bundesverfassungsgericht	4. 2.1959	BVerfGE 9,167	52
Reichsarbeitsgericht	19.10.1929	ARS 7,331	170
Reichsarbeitsgericht	7.11.1934	HRR 1935,Nr.360	170
Reichsarbeitsgericht	2. 6.1937	ARS 30,120	170
Bundesarbeitsgericht	12. 5.1966	BAGE 18,307	168
Bundesarbeitsgericht	5.12.1969	Betr.70,546	118,199
Bundesarbeitsgericht	27. 2.1970	AP, Nr.54 zu § 611 (H-Z), Bl.907	172,173
Bundesarbeitsgericht	26. 1.1971	BB 71,705	172,199
Oberlandesgericht Braunschweig	23. 4.1891	SeuffArchiv 47, Nr.28	21
Oberlandesgericht Bremen	22.11.1962	NJW 63,495	43,103
Oberlandesgericht Celle	9.12.1953	NJW 54,559	192
Oberlandesgericht Celle	7. 7.1965	NJW 65,2548	115,199
Oberlandesgericht Düsseldorf	24. 7.1952	NJW 52,1177	58,89,97
Oberlandesgericht Düsseldorf	27. 7.1961	DAR 62,150	124
Oberlandesgericht Frankfurt	22. 1.1969	ZMR 70,49	77
Oberlandesgericht Hamm		WM 76,139	81
Oberlandesgericht Köln	26.11.1964	VersR.1965,722	161
Oberhofgericht zu Mannheim	20.12.1859	SeuffArchiv 13, Nr.235	21
Oberlandesgericht München	10. 4.1941	HRR 1941,1006	13,64
Oberlandesgericht Saarbrücken	17. 3.1970	MDR 70,760	14,43
Oberlandesgericht Saarbrücken	29. 3.1972	VersR 1973,182	181
Oberlandesgericht Saarbrücken	17. 5.1972	NJW 72,1761	108.109
Landgericht Frankenthal	28. 7.1954	NJW 55,263	150,199

Einleitung

I. § 254 BGB hat seinen systematischen¹⁾ Platz im Schadensrecht. Er setzt voraus, daß es auf Grund einer anderen Vorschrift zu einer Schadensersatzpflicht gekommen ist. Seine Rechtsfolge sieht eine Haftungseinschränkung vor.

Das Gesetz nennt wenige Vorschriften mit derselben oder ähnlichen Wirkung²⁾. Es verwundert daher nicht, daß die Anwendung des § 254 BGB auf andere Rechtsinstitute als das Schadensersatzrecht auf denjenigen einen Reiz ausüben muß, der dem an sich begründeten Anspruch der Gegenpartei eigene Einwendungen entgegensetzen will. Dies ist naturgemäß in der praktischen Rechtsanwendung der Fall. Daraus erklärt sich, daß zwar des öfteren die Gerichte mit der Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB beschäftigt sind, die Lehre aber dieses Problem nur wenig behandelte, wobei sie sich meistens auf die Kommentierung von Gerichtsentscheidungen beschränkt hat.

II. Wenn es zwischen den Parteien zum Streit kommt, dürfte § 254 BGB in seiner direkten Anwendung die wohl am meisten gefragte Rechtsvorschrift im gesamten Haftungs- und Schadensersatzprozeß sein³⁾. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß mit Zunahme der Technisierung die Sachverhalte komplizierter werden. Schadensereignisse sind mehr denn je die Resultate beiderseitigen Fehlverhaltens. Allein im Straßen-

1) Dabei ist jedoch nur § 254 II S.1 BGB systemgerecht eingeordnet, da hier zumindest schuldrechtsähnliche Beziehungen vorausgesetzt werden. § 254 BGB, der haftungsbe gründende Vorgänge zum Inhalt hat, dürfte dagegen wohl systemwidrig in das BGB eingeordnet sein; vgl. hierzu Venzmer Randnr.171.

2) So die dem § 254 BGB nachgebildeten §§ 9, 17 I S.2, 17 II, 18 III StVG; 1a IV, 9b I S.2, 9b II RHG; 3, 8 I S.2, 8 II SHG; 34, 41 I S.2, 41 II LuftVG; 27, 34 I S.2, 34 II AtomG.
Aber auch die Vorschriften, die eine vollständige Haftungsbeschränkung vorsehen gehören dazu, wie die §§ 122 II, 179 III, 307, 439, 538, 839 I S.2, 839 III BGB, 6 PostG.

3) vgl. Eike Schmidt in Vahlens Rechtsbücher, S.539.

verkehr ist es in vielen Fällen das pflichtwidrige Verhalten des Geschädigten, wodurch die Handlung des Schädigers zum Erfolg kommen kann.

Ein anderer Grund ist darin zu sehen, daß sich der Einwand des § 254 BGB demjenigen anbietet, der sich einem grundsätzlich begründeten Anspruch ausgesetzt sieht. Mit Hilfe einer Vorschrift, die einem verständnisvollen Nachvollzug des Einzelfalls durch Dritte besondere Rechnung trägt, kann eine günstige Gerichtsentscheidung herbeigeführt werden, die diesen Anspruch kürzt, vielleicht sogar zum Wegfall bringt. Die häufige Anwendung des § 254 BGB ergibt sich also auch aus der Hoffnung der Parteien, daß der Richter eine derart weitgefaßte Formel zur heimlichen Korrektur einer als mißlich erkannten Haftungsbeurteilung benutzt¹⁾.

Die Gerichte geben diesem Bestreben in der allgemeinen Praxis nach. Es besteht die grundsätzliche Tendenz, die Anwendung des § 254 BGB auszuweiten²⁾. § 254 BGB wird als anpassungsfähige Norm³⁾ oder als Vorschrift, die Einzelfälle der Billigkeit anpaßt⁴⁾, angesehen.

Ohne die teilweise in der Literatur⁵⁾ vertretene Ansicht übernehmen zu wollen, daß die Rechtssprechung weitgehend entgegen den starren gesetzlichen Lösungen zu einer richterlichen Gestaltung durch Billigkeitsentscheidungen strebe, ergibt sich aus der Vielzahl der denkbaren Anwendungsfälle und aus der Überlegung, daß das Haftungssystem ein bewegliches, der Entwicklung anzupassendes System ist⁶⁾, daß die Gefahr einer "Verwässerung" des § 254 BGB gegeben ist.

1) vgl. Eike Schmidt in Vahlens Rechtsbücher S.539

2) so Rother, S.42 und in NJW 66, 326

3) so BGHZ 34, 355

4) so RGZ 71, 191; BGHZ 34,355; BGHZ 56, 163 (169)

5) so aber Flume zu BGH v. 14.03.1961 in JZ 61, 602

6) vgl. Weidner, S.34

Die mögliche Folge ist voraussehbar. § 254 BGB wird zur Grundlage von Entscheidungen gemacht, die beiden Parteien gerecht werden wollen und jedem einen Teil der Schuld am Zustandekommen des Schadens aufbürden, soweit dies dem persönlichen Gerechtigkeitsgefühl des Richters entspricht¹⁾.

Dem sollte entgegengewirkt werden. Eine legislative Rechtsordnung verliert ihren Sinn, wenn für die Betroffenen im Einzelfall nicht mehr voraussehbar ist, was rechtens ist²⁾.

Aber auch ein praktischer Aspekt ist von Bedeutung. In einer Zeit, in der Rechtsschutzversicherungen, Gewerkschaften, Verbände, u.a. dem Einzelnen das Prozeßkostenrisiko abnehmen, werden auch diejenigen einen Rechtsstreit wagen, deren Ausgangslage wenig Anlaß zur Zuversicht bietet. Sie können nämlich hoffen, daß sie ein Gericht treffen, das "unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles"³⁾ eine für sie günstige Entscheidung findet. Eine Zunahme der Prozesse ist die Folge, wobei dies weniger aus Rechtsüberzeugung folgt, als aus dem Gedanken, nichts unversucht gelassen zu haben.

III. Das Ziel der vorliegenden Arbeit ergibt sich aus dem oben Gesagten.

Zum einen soll der Frage nachgegangen werden, wie weit die Anwendbarkeit des § 254 Abs.1 BGB reicht. Beschränkt sich § 254 Abs.1 BGB nur auf seine Tatbestandsmerkmale, oder kann diese Norm auch Ansprüchen aus anderen Rechtsinstitutionen als dem Schadensersatzrecht entgegengesetzt werden? Man kann nicht leugnen, daß der Gesetzgeber in § 254 BGB eine Aussage getroffen hat, die dazu verführt, über seine Anwendung auch außerhalb des Schadensersatzrechts nachzudenken. Warum sollte nur der Schadensersatz geteilt werden,

1) Rother in NJW 66, 326 (327) sieht die Gefahr, daß § 254 BGB zur Grundlage "fauler Gerechtigkeit" wird.

2) vgl. Flume in JZ 61, 602

3) vgl. BGHZ 34, 355 (365)

nicht aber auch die Folge sonstiger Ansprüche, wenn zu dessen Voraussetzungen beide Teile beigetragen haben?

Erstaunlicherweise hat die Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB außerhalb des Schadensrechts kaum Beachtung gefunden. Sein Anwendungsbereich wird zwar entsprechend den ergangenen Gerichtsentscheidungen festgehalten, zu einer tiefergehenden Diskussion kam es aber nur in wenigen Fällen¹⁾.

Wenn die Vorschrift des § 254 Abs.1 BGB auch auf andere Rechtsinstitute ausgedehnt werden kann, so sollte solches nicht allein vom Billigkeitsgedanken getragen werden. Dies birgt die Gefahr in sich, daß man in den Kommentierungen zu § 254 BGB eine Fülle von Einzelfallentscheidungen finden wird, jedoch keine Kriterien entwickelt werden, wonach die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB voraussehbar wird.

§ 254 Abs.1 BGB bietet - wie mit dieser Abhandlung gezeigt werden soll - keinen Anlaß, darin eine Generalklausel zu sehen, die der Konkretisierung bedarf²⁾. Weder die Entstehungsgeschichte noch der Anwendungsbereich des § 254 BGB rechtfertigt es, ihn aus seinen systematischen Beschränkungen zu befreien, um ihn im weiten Feld der Generalklauseln ein eigenes Leben entwickeln zu lassen.

Sollte dagegen die für das Schadensrecht getroffene Regelung des § 254 BGB einen Gedanken beinhalten, der auch in anderen Rechtsinstituten zum Ausdruck kommt, b.w. dessen gesetzgeberischem Zweck entspricht, ist eine Anwendung des Mitverschuldens außerhalb des Schadensrechts geboten.

Dies rechtfertigt eine rechtstheoretische Untersuchung des Grundgedankens des § 254 BGB, und wenn diese nur dazu dient,

1) so im Ansatz in der Dissertation von Rolf Keller.

2) so aber Klauser in NJW 62, 369 (372), der § 254 BGB auf dieselbe Stufe stellt wie die §§ 138, 242 BGB.

die Notwendigkeit seiner dogmatischen Fundierung in Erinnerung zu behalten. Bei allem Bestreben, im Einzelfall eine gerechte Entscheidung zu treffen, sollte man das Erfordernis einer dogmatischen Rechtfertigung nicht aus den Augen verlieren, da diese das Recht voraussehbar macht, und es letztlich dem Richter erst wieder ermöglicht, seine Entscheidung der Gesamtrechtsordnung anzupassen.

Das Ziel dieser Arbeit ist es demnach auch, Kriterien zu finden, die die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB begründen, aber auch seine Ausdehnung begrenzen.

Es ist naturgemäß, daß in dieser Arbeit keine abschließende Erörterung grundsätzlicher, auch rechtsphilosophischer Fragestellungen erfolgen kann. Die Arbeit soll jedoch dazu beitragen, den Komplex der analogen Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu systematisieren und Anhaltspunkte für eine entsprechende dogmatische Fundierung zu geben. Dabei weise ich darauf hin, daß in dieser Arbeit lediglich die Analogiefähigkeit des § 254 Abs.1 BGB insoweit untersucht werden soll, als darin die Eröffnung einer Haftungsteilung geregelt wird. Welche Möglichkeiten bestehen, die Abwägungskriterien des § 254 Abs.1 BGB entsprechend anzuwenden, ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

Kapitel I

Methodik der Ausdehnung des § 254 Abs.1 BGB auf den außerschadensersatzrechtlichen Bereich

§ 1 Allgemeines

Die Ausdehnung des § 254 Abs.1 BGB auf alle Fälle, die außerhalb des Schadensrechts liegen, obliegt - soweit der Gesetzgeber schweigt - dem Richter. In relevanter Form erfolgt dies letztlich durch den Bundesgerichtshof und die höchstinstanzlichen Ländergerichte. Die Aufgabe dieser Gerichte ist vor allem die Wahrung der Rechtseinheit und die Fortbildung des Rechts¹⁾.

Die Wahrung der Rechtseinheit ist Grundvoraussetzung der Fortbildung des Rechts. Letztere ist nur zulässig, wenn sie sich in das Gesamtgefüge des Rechts einordnet. Andernfalls überschreitet der Richter seine Kompetenzen. Richterliche Rechtsfortbildung bedarf somit der methodischen Begründung²⁾.

Die systematische Einordnung des § 254 BGB im Schadensersatzrecht ist eindeutig. Wenn man das Mitverschulden auch bei anderen Rechtsinstituten anwenden will, muß eine solche entsprechende Anwendung methodisch gerechtfertigt sein.

§ 2 Die Lückenhaftigkeit des Gesetzes oder Rechtes

A. Allgemeines

Der Richter ist nicht ohne weiteres zur Rechtsfortbildung, und damit auch zur ausdehnenden, bzw. entsprechenden Anwendung einer Vorschrift befugt³⁾.

- 1) vgl. Larenz, Methodenlehre S.35; unter Bezug auf die Abschiedsrede des scheidenden Präsidenten des BGH, Heusinger, vom 30.03.1968; sowie v. Caemmerer, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof, S.43
- 2) vgl. Larenz, Methodenlehre S.354; Esser, Grundsatz und Norm ... S.52
- 3) vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.5

Voraussetzung dafür ist, daß das Gesetz oder das Recht lückenhaft ist¹⁾. Besteht nämlich bereits eine bestimmte Regelung, so ist dort kein Platz mehr für die zur Ausdehnung bestimmten Norm²⁾.

Für den vorliegenden Fall heißt das, daß § 254 Abs.1 BGB da keine entsprechende Anwendung finden kann, wo eine Vorschrift die Frage des beiderseitigen Haftungsanteils bereits geregelt hat.

Wenn eine solche Regelung nicht vorliegt, heißt dies andererseits nicht unbedingt, daß eine Lücke gegeben ist, da es auch ein "beredtes Schweigen"³⁾ des Gesetzgebers gibt. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber zwar die Möglichkeit einer bestimmten Regelung gesehen hat, diese jedoch bewußt nicht vorgenommen hat, weil er sie in dem konkreten Fall nicht wollte.

B. Begriff der Lücke

Rein sprachlich kann man nur dort von einer Lücke sprechen, wo etwas fehlt, was an dieser Stelle an sich sein müßte. Für das Gesetz kann dies nur bedeuten, daß eine bestimmte Regelung nicht formuliert, bzw. kodifiziert wurde, obwohl dies nach der Absicht des Gesetzes erforderlich wäre.

Der Begriff der Lücke wird unterschiedlich definiert⁴⁾. Im wesentlichen stimmen jedoch die Definitionen überein, so daß man die Lücke als eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts (d.h. des Gesetzes innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts) bezeichnen kann⁵⁾.

1) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.354

2) Die Lücke als Voraussetzung der Analogie ist nicht unproblematisch; eine Diskussion der Analogie wird auch ohne Diskussion des Lückenbegriffs für sinnvoll und möglich gehalten; vgl. dazu Bund, S.120

3) so Larenz, Methodenlehre, S.354

4) vgl. die Definition bei Larenz, Methodenlehre S.352; Sauer, Methodenlehre S.283; Bierling S.383

5) vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.30

C. Einteilung der Lücken

Man unterscheidet zwischen Rechts- und Gesetzeslücken¹⁾.

Von einer Rechtslücke sprechen diejenigen, die der Ansicht sind, daß die Rechtsordnung unvollständig ist, indem sie wesentliche Bereiche gesetzlich ungeregelt läßt oder bestimmte Rechtsinstitute nicht enthält²⁾. Die Rechtslücke wird jedoch als Lückenbegriff weitgehend abgelehnt³⁾.

Dies wird damit begründet, daß auf die Rechtslücke der Gedanke einer "planwidrigen Unvollständigkeit" nicht passe⁴⁾. Das Recht will gar nicht alle Lebensverhältnisse regeln. Einen einheitlichen Gesamtplan des Rechts gibt es nicht⁵⁾.

Daraus ergibt sich auch, daß eine Lücke im Recht nicht denkbar ist, da der Richter nach der Gesamtrechtsordnung in jedem Fall eine Entscheidung treffen kann, notfalls dadurch, daß er die Klage mangels einer Anspruchsgrundlage abweist⁶⁾.

Von praktischer Bedeutung ist dagegen die Gesetzeslücke.

Hier lassen sich zunächst die Lücken unterscheiden, die zum Zeitpunkt des Gesetzes bereits bestanden haben, von denjenigen, die durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse entstanden sind⁷⁾.

Erstere sind zu unterteilen in gewollte und ungewollte Lücken⁸⁾. Hierbei ist die Feststellung zu treffen, ob der

1) vgl. Engisch, S.134

2) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.360

3) vgl. Larenz, Methodenlehre S.361; Sauer, S.281; Heck, Gesetzesauslegung, S.159, der allerdings den Begriff mit normativer Bedeutung zulassen will.

4) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.361

5) vgl. dazu auch Sauer, S.281

6) vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.159 bzw. 238

7) vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.169

8) vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.162

Gesetzgeber den zu beurteilenden Sachverhalt bereits gesehen hat oder nicht.

Auch die gewollten und ungewollten Lücken können wiederum in verschiedene Kategorien unterteilt werden, wobei es jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht notwendig ist, darauf einzugehen¹⁾.

Darüberhinaus bestehen weitere Unterscheidungen im Lückenbegriff.

So ist eine Lücke dann gegeben, wenn das Gesetz dem Richter nur eine unvollkommene Anweisung zur Entscheidung gibt, wie z.B. unbestimmte Rechtsbegriffe ("Treu und Glauben", u.a.)²⁾.

Eine Lücke liegt dann vor, wenn das Gesetz zu einer Frage völlig schweigt.

Schließlich besteht nach Enneccerus-Nipperdey³⁾ eine Lücke auch dann, wenn sich zwei Gesetze widersprechen, oder wenn eine Norm deshalb unanwendbar ist, weil sie Fälle umfaßt oder Rechtsfolgen anordnet, die der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht so geordnet hätte, wenn sie von ihm erkannt oder bedacht worden wäre.

Nach der oben getroffenen Einteilung der Gesetzeslücken liegen im Zusammenhang mit § 254 Abs.1 BGB die verschiedenen Formen der Lücken vor.

So liegt z.B. hinsichtlich des Verschuldensbegriffes - dies kann an dieser Stelle bereits vorweggenommen werden - der Fall der unvollkommenen Anweisung vor, wobei diese wohl

1) vgl. hierzu die weitere Einteilung von Heck in Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.105

2) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Bd., 1.Halbband, S.337, 338 und 339.

3) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Bd., 1.Halbband, S.340

bewußt gewesen ist, wie sich aus den Motiven entnehmen läßt¹⁾.

Soweit die hier problematisierte entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB außerhalb des Schadensrechts in Frage kommt, muß an der entsprechenden Stelle geprüft werden, welche Art der Lücke gegeben ist.

§ 3 Die Lückenausfüllung

A. Die Lückenfeststellung

Der Lückenausfüllung geht gedanklich die Lückenfeststellung voraus. Hier wird die Entscheidung darüber getroffen, ob der Richter überhaupt zur Rechtsfortbildung befugt ist.

Nach dem, wie oben die Lücke definiert wurde, ergibt sich, daß die Feststellung einer Lücke eine Wertung²⁾ voraussetzt, über die Frage, wann das Gesetz oder das Recht als unvollständig angesehen werden müssen.

Eine derartige Wertung ist unter Berücksichtigung derselben Prinzipien durchzuführen, wie dies bei der Auslegung eines Gesetzes oder eines Rechtssatzes der Fall ist³⁾.

Daraus ergibt sich im wesentlichen die Übereinstimmung der Denkweisen zwischen der Lückenfeststellung und der Lückenausfüllung. Zwar kann diese Übereinstimmung nicht für alle Fälle der Lückenfeststellung gelten⁴⁾, jedoch kann für die

1) vgl. Motive I zu §§ 144, 145 S.281, wo es heißt, "der Regel nach" sei unter Verschulden ein bestimmtes Verhalten zu verstehen. Wenn der Gesetzgeber eine solche Formulierung gebraucht, muß man daraus schließen, daß wie z.B. bei § 254 BGB die Rechtsprechung den Verschuldensbegriff auch anders auslegen kann.

2) vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S.252 Anm.56; Larenz, Methodenlehre, S.359

3) vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.148, 160

4) so Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.144 für die Rechtsverweigerungslücke, da hierbei nur irgendeine Lösung gefordert wird und dem Rechtsverweigerungsverbot durch jede Ausfüllung Rechnung getragen wird.

Aufgabenstellung dieser Arbeit gesagt werden, daß die Feststellung einer Lücke die Frage nach der ratio legis der betreffenden Norm oder des betreffenden Rechtssatzes voraussetzt.

B. Die Methode der Ausfüllung

Zur Ausfüllung einer Lücke stehen uns mehrere methodische Möglichkeiten zur Verfügung. Im wesentlichen handelt es sich dabei um die Analogie, teleologische Reduktion, allgemeine Rechtsprinzipien und Natur der Sache¹⁾.

Die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB außerhalb des Schadensrechts ist methodisch nur im Wege der Analogie möglich. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß § 254 Abs.1 BGB aus seinem bisherigen Anwendungsbereich herausgenommen und auf andere Rechtsinstitute übertragen werden soll.

§ 4 Die Analogie

A. Begriff der Analogie

Analogie ist die ausdehnende Anwendung einer Norm über den besonderen, in ihr fixierten Tatbestand hinaus auf einen anderen Tatbestand, der dem ersteren rechtsähnlich ist²⁾. Man unterscheidet Gesetzes- und Rechtsanalogie.

Die Gesetzesanalogie ist eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung³⁾. Sie geht aus von einem einzelnen Rechtsatz, entwickelt seinen Grundgedanken und wendet diesen auf Fälle an, die eine entsprechende Normanwendung gestatten. Dies ist dann der Fall, wenn sich ein Sachverhalt

1) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.366, 377

2) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Bd., 1.Halbband, S.339

3) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.351

von dem im Gesetz Entschiedenen nur in unwesentlichen, die Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheidet¹⁾.

Die Rechtsanalogie ist gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung²⁾. Sie ermittelt einen allgemeinen Rechtsgedanken, der Gültigkeit für die verschiedenen Institutionen des Rechts besitzt³⁾.

Das Charakteristische der Analogie ist, daß die Norm, die den Ausgangsfall regelt, als spezielle Ausprägung einer allgemeineren Norm angesehen wird⁴⁾. Läßt sich der zu entscheidende Fall unter diesen Oberbegriff ordnen, dann ist eine Analogie durchführbar. Den analogen Obersatz gewinnt man durch eine sorgfältige Ermittlung des Rechtsgedankens der betreffenden Norm, also durch eine Verallgemeinerung der Analogiebasis⁵⁾. Läßt sich daraus sogar ein Rechtsprinzip ableiten, kommt neben der Gesetzes- auch die Rechtsanalogie in Betracht.

Die Aussage des § 254 Abs.1 BGB ist für beide Formen der Analogie von Bedeutung.

Soweit der § 254 Abs.1 BGB die Haftungsteilung im Schadensersatzrecht für den Fall des Mitverschuldens bestimmt, kann eine solche Aussage auch für Fälle außerhalb des Schadensrechts in Betracht gezogen werden.

Aber man muß sich auch fragen, ob dem Prinzip der Teilung und Abwägung nicht eine so überragende Bedeutung zukommt, daß es zu einem der Zentralbegriffe des Rechts entwickelt werden kann. In diesem Fall käme eine Rechtsanalogie in Betracht.

1) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Band, 1.Halbband, S.340

2) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.351; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S.182

3) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.351; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S.182

4) vgl. Bund, S.116

5) vgl. Bund, S.118

B. Die Analogiefähigkeit des § 254 BGB

Nach allgemeiner Auffassung ist § 254 BGB fähig, im Wege der Analogie auf andere Rechtsgebiete ausgedehnt zu werden. In ihm haben nach der Rechtsprechung¹⁾ allgemein gültige Rechtsgedanken Ausdruck gefunden, die eine Verallgemeinerung rechtfertigen. Allerdings - dies sei in diesem Zusammenhang bereits erwähnt - bleibt die Rechtsprechung weitgehend eine Antwort auf die Frage schuldig, welchen Inhalt dieser allgemein gültige Rechtsgedanke haben soll.

Allgemein wird in § 254 BGB eine flexible Norm gesehen²⁾, in die das bewegliche und offene Haftungssystem³⁾ hineinprojiziert werden kann, und die somit neue Erscheinungen des Rechtslebens ohne Eingreifen des Gesetzgebers bewältigen kann⁴⁾. Letzten Endes ist es jedoch der Regelungsinhalt des § 254 BGB und die Tatsache, daß diese Vorschrift zu den wenigen⁵⁾ gehört, die eine Haftungsteilung vorsehen, die deutlich werden lassen, daß § 254 BGB grundsätzlich eine analogiefähige Aussage trifft.

Eine Antwort auf die Frage der Analogiefähigkeit gibt jedoch nur eine Untersuchung der Einzelanwendung. Dabei ist eine umfassende Prüfung aller denkbaren Fälle nicht beabsichtigt, da diese uferlos und überdies kaum nutzvoll wäre. Entscheidend ist die Anwendung bei den typischen Rechtsinstituten des Zivilrechts, woraus ein Anhaltspunkt für die Beurteilung neuer, jetzt nicht absehbarer Fälle gegeben ist.

1) vgl. RGZ 71, 191; RGZ 138, 329; RG JW 1912, 71 Nr.8; OLG München in HRR 41, 1006

2) vgl. BGHZ 39, 156 (160); Weidner, S.34

3) vgl. Larenz in JuS 65, 379

4) vgl. Larenz in JuS 65, 379

5) vgl. oben Seite 1 Fußnote 2 die weiteren Normen, die eine Haftungsteilung vorsehen.

C. Die analogiefähige Grundaussage des § 254 Abs.1 BGB

In § 254 Abs.1 BGB kommen im wesentlichen zwei Grundgedanken zum Ausdruck; einmal das Prinzip der Schadensteilung, das den Rechtsgrund betrifft, und zum anderen das Prinzip der Schadensabwägung, das sich auf die Rechtsfolge bezieht.

I. Die Eröffnungsnorm (Haftungsverteilung)

Die Eröffnungsnorm wird durch die Worte gekennzeichnet "hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt". Damit stellt § 254 Abs.1 BGB klar, daß unter diesen Umständen nicht allein der Schädiger haftet, sondern auch den Geschädigten Nachteile treffen. § 254 Abs.1 BGB trifft also die Regelung einer Verteilung der Schadenslast¹⁾.

II. Die Teilungsnorm (Abwägung)

Soweit § 254 Abs.1 BGB die Verpflichtung zum Ersatz sowie den Umfang der entsprechenden Leistung von den Umständen, insbesondere davon abhängig macht, inwieweit der Schaden vorwiegend von der einen oder der anderen Partei verursacht wurde, trifft es Kriterien für die Frage, inwieweit die Höhe des jeweilig zu tragenden Teils anzusetzen ist. Die Ermittlung des entsprechenden Umfangs setzt eine Abwägung der jeweiligen Zurechnungsgründe voraus. § 254 Abs.1 BGB trifft damit auch eine Aussage im Hinblick auf die Abwägung²⁾.

es wäre lohnenswert, die Frage zu untersuchen, inwieweit die in § 254 Abs.1 BGB aufgestellten Grundsätze hinsichtlich der Abwägung eine über das Schadensrecht hinausgehende Bedeutung haben³⁾. Dies kann jedoch - wie bereits darauf hingewiesen - nicht Gegenstand dieser Arbeit sein,

1) vgl. OLG Saarbrücken in MDR 70, 760

2) vgl. Heck, Schuldrecht, S.45

3) Insbesondere bei den §§ 323, 326 BGB und § 426 BGB wird eine analoge Anwendung allgemein bejaht.

die sich lediglich auf die Bedeutung des § 254 Abs.1 BGB als Eröffnungsnorm bezieht.

D. Die Methode der Analogie

Wie oben bereits ausgeführt, erfolgt die Ausdehnung des § 254 Abs.1 BGB im Wege der Analogie.

Das Problem ist, in welcher Art diese Analogie zu erfolgen hat. Dies hängt zunächst einmal von der Beantwortung der Frage ab, welcher Methode man folgen will.

Die Begriffsjurisprudenz¹⁾ bediente sich dabei einer anderen Methode, als die heute im wesentlichen herrschende Interessenjurisprudenz²⁾. Letztere geht davon aus, daß es auf Grund der Vielfalt des Lebens unmöglich ist, eine vollständige gesetzliche Regelung zu finden. Der Richter kann dem Gesetzgeber nur dann gerecht werden, wenn er dessen Absichten erkennt und die Werturteile des Gesetzes auch für die nicht geregelten Sachlagen auf Grund eigener Interessenprüfung verwirklicht.

Damit ist bei jeder Rechtsnorm der entschiedene Interessenkonflikt herauszuarbeiten.

Heck, der die beschriebene Methode begründet hat, versteht unter "Interessen" nicht nur materielle Begehrensvorstellungen der Beteiligten, sondern auch "Gemeinschaftsinteressen" wie etwa die Erfordernisse der Rechtssicherheit, der Billigkeit oder nationale, religiöse und ethische Belange³⁾. Die Rechtsnormen sind somit nichts anderes als die Ergebnisse der in der Gesellschaft widerstrebenden Interessen.

Diese, auch als "genetische Interessentheorie"⁴⁾ bezeichnete Auffassung wird von den heutigen Interessenjuristen ab-

1) vgl. Darstellung bei Larenz, Methodenlehre, S.20 ff.

2) vgl. dazu Reinicke in JuS 64, 421 (422)

3) vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.17

4) vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.73

gelehnt¹⁾. Ansonsten wird die Lehre Hecks jedoch weitgehend aufrechterhalten, wobei sie insoweit unter dem Begriff der "Wertungsjurisprudenz" auftritt²⁾. Den Interessenbegriff beschränken die Anhänger dieser Lehre auf die Begehrensvorstellungen der Beteiligten³⁾. Im übrigen gehen auch die Wertungsjuristen von der grundsätzlichen richterlichen Bindung an die im Gesetz gegebenen Werturteile aus, so daß sich für das Verfahren der Lückenausfüllung keine Unterschiede zu den von Heck erarbeiteten Grundsätzen ergeben.

Eine weitergehende Auffassung vertreten dagegen Larenz und Esser⁴⁾. Für sie ist der "denkende Gehorsam" gegenüber dem "Gesetz" kein allgemein gültiges Rezept⁵⁾. Vielmehr bedürfe der Richter aktuell verbindlicher Wertungsbilder, die der Gesamtheit der geltenden Rechtsordnung entsprechen⁶⁾. Der Richter soll also nur dann an das Gesetz gebunden sein, wenn es mit den Wertungen und Interessenabwägungen des geltenden Rechts im Einklang steht⁷⁾.

Daraus ergibt sich der Unterschied zu der Auffassung von Heck, daß das Gesetz für die Vertreter der zuletzt dargestellten Meinung bei der Interessenbewertung nur eine untergeordnete Rolle spielt.

Heck stellt die beteiligten Interessen fest und sucht im Gesetz eine Wertung des Gesetzgebers zu dem vorliegenden Interessenkonflikt. Der Richter berücksichtige in Eigen-

1) vgl. Westermann, Interessenkollision., S.4

2) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.128 ff.

3) vgl. Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung, S.17

4) In: Larenz, Methodenlehre; sowie Esser, Grundsatz und Norm

5) vgl. Esser in Jur.Jahrbuch 1960, S.111 (116)

6) vgl. Esser in Jur.Jahrbuch 1960, S.111 (116)

7) so BGHZ 13, 360 (367)

wertung die gewandelten tatsächlichen Verhältnisse, wobei er sich an der gesamten Rechts- und Kulturordnung der Gegenwart orientieren müsse.

Für Larenz und Esser ist das Gesetz eher die Bestätigung dafür, daß der Gesetzgeber aus der Gesamtrechtsordnung den richtigen Wertungsstab gefunden habe.

Bereits eingangs¹⁾ wurde schon ausgeführt, daß dem Gebot der Rechtssicherheit bei der Anwendung des § 254 BGB eine überragende Bedeutung zukommen muß. Dies gilt für das Recht schlechthin. Der Gefahr einer Billigkeitsrechtsprechung, die dazu noch von Richter zu Richter verschieden ist, muß vorgebeugt werden. In der praktischen Rechtsanwendung hat viel öfters die Entscheidung des Amts- und Landrichters Bedeutung für die betroffenen Bürger als Urteile der Bundesrichter. Es ist daher eine Fiktion, wenn man glaubt, daß jede richterliche Entscheidung einer wissenschaftlichen Argumentation folgt und damit methodisch voraussehbar wird. Dies ist die Denkweise der Wissenschaft und allenfalls der Richter des Bundesgerichtshofes und der Oberlandesgerichte; der überlastete Amts- oder Landrichter wird jedoch kaum derart methodische Überlegungen anstellen, sondern vielmehr sein durch die praktische Rechtsanwendung geprägtes Gerechtigkeitsgefühl zur Geltung bringen²⁾. Damit wäre jedoch ein Zustand gegeben, der auch dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspräche. Die Bindung des Richters an das Gesetz wahrt nicht nur die Gewaltenteilung³⁾, sondern auch den Gleichheitsgrundsatz als wesentlichen Faktor der Rechtsstaatlichkeit.

Für die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB bedeutet dies, daß sich denkbare Anwendungsfälle an der Wertung des Gesetzgebers zu halten haben, die dieser in § 254 BGB gefunden hat.

1) vgl. Seite 3 der vorliegenden Arbeit.

2) vgl. auch Heck in DJZ 1905, Nr.24 S.1140

3) vgl. Schunck/De Clerck, S.196

Damit komme ich zu dem eigentlichen Verfahren bei der Lückenergänzung. Der Richter soll sich dann, wenn kein gesetzlicher Tatbestand gegeben ist, zuerst denjenigen Interessenkonflikt veranschaulichen, der im Streitfall vorliegt¹⁾. Er hat dann zu prüfen, ob nicht derselbe Interessenkonflikt in der Form anderer Tatbestände durch das Gesetz bereits entschieden ist.²⁾ Wenn dies vorliegt, hat er das gesetzliche Werturteil zu übertragen, also die gleichen Interessenkonflikte gleich zu entscheiden³⁾.

Der Grundgedanke einer Norm ergibt sich somit aus den Entscheidungsgründen, die den Gesetzgeber bei einem bestimmten Konflikt geleitet haben. Damit ist es erforderlich, den Grundgedanken des § 254 Abs.1 BGB festzustellen.

Ich werde versuchen, eine derartige Feststellung des Grundgedankens des § 254 Abs.1 BGB zu treffen. Danach wird die Frage gestellt, ob innerhalb anderer Rechtsinstitute Fälle denkbar sind, wo dieselbe Konfliktentscheidung, wie sie in § 254 Abs.1 BGB getroffen wurde, für das vorliegende Problem als methodische Lösung angesehen werden kann. Dies erfordert jedoch die Feststellung, daß es an einer gesetzlichen Regelung fehlt, daß also eine Lücke gegeben ist. Der Beantwortung der Frage, ob bei dem betreffenden Rechtsinstitut eine Lücke vorliegt, die die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB rechtfertigt, kommt dieselbe Bedeutung zu, wie die Klärung und Herausarbeitung des konkreten Interessenkonfliktes. Die methodische Denkweise wird - wie oben bereits angedeutet - hierbei dieselbe sein.

1) vgl. Reinicke in JuS 1964, S.421 (429)

2) vgl. Bund, S.116 ff.

3) vgl. Reinicke in JuS 1964, S.421 (429).

Kapitel II

Der Rechtsgedanke der Eröffnungsnorm des § 254 Abs.1 BGB

§ 5 Allgemeines

Analogie erfordert den Rückgang auf die Zwecke und den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung¹⁾. Der Grundgedanke einer Norm ist der Entscheidungsgrund, weshalb der Gesetzgeber den zugrundeliegenden Interessenkonflikt in der fixierten Weise geregelt hat.

Es fällt auf, daß eine fundierte Auseinandersetzung mit dem Grundgedanken des § 254 BGB von seiten höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht erfolgt ist. Der Rechtsgedanke des § 254 Abs.1 BGB wird zwar oft als Begriff genannt, es fehlt jedoch weitgehend sowohl bei Rechtsprechung als auch bei der Wissenschaft eine Antwort darauf, was man darunter zu verstehen hat. Es wäre verfehlt, darin eine pauschale Kritik der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sehen. Diese hat im wesentlichen Ergebnisse gefunden, die auch einer methodischen und dogmatischen Überprüfung standhalten²⁾. Für die Rechtsprechung bestand auch kein Grund, in zu eingehender Form den Wurzeln des § 254 BGB nachzugehen, da sie diese Aufgabe mit Recht der Wissenschaft zuweisen wird. Die Gefahr dieses Schweigens liegt jedoch darin, daß immer stärker die Eigenständigkeit des § 254 Abs.1 BGB verkannt, und diese Vorschrift als Sonderform des § 242 BGB bezeichnet wird, ohne auf ihren Grundgedanken einzugehen.

1) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.367

2) Da einige der BGH-Entscheidungen eher als Billigkeitsentscheidungen aufzufassen sind, zeigt dies auch, in welcher Weise unser Gerechtigkeitsdenken durch eine dogmatische Vorbildung geprägt ist.

§ 6 Die Ermittlung des Grundgedankens

A. Methodische Vorbemerkung

Der Grund- bzw. Rechtsgedanke einer Norm muß durch Auslegung ermittelt werden.

Die Art und Weise der Auslegung war und ist streitig. Die ältere subjektive Theorie¹⁾ erforscht die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers, die spätere objektive²⁾ Theorie hält dagegen den vom Gesetzgeber losgelösten Willen des Gesetzes selbst für maßgebend³⁾.

Mit Larenz⁴⁾ soll davon ausgegangen werden, daß beide Theorien zum vollen Verständnis eines Gesetzes zu berücksichtigen sind. Dementsprechend werde ich im Folgenden versuchen, den Rechtsgedanken des § 254 Abs.1 BGB dadurch zu ermitteln, daß ich zunächst kurz die historischen Gegebenheiten darstellen werde. Diese lassen einen Schluß auf die ratio legis des Gesetzes zu, wobei hier ratio legis als Beweggrund des Gesetzgebers verstanden wird.

Darauf folgend soll Wortsinn und Bedeutungszusammenhang des § 254 Abs.1 BGB untersucht werden, um daraus die ratio legis des Gesetzgebers, also seine Regelungsabsicht, zu ermitteln. Damit hängt auch die Ermittlung der ratio juris, d.h. des Rechtsgrundes zusammen. Unter Rechtsgrund verstehe ich den aus dem Recht selbst vorhandenen Grund.

Schließlich soll § 254 BGB in Form der teleologischen Auslegung aus seinem Gesetzeszweck bestimmt werden.

1) deren Vertreter sind u.a.: Savigny, Gierke, Windscheid, Förster-Eccius, Stoll, Heck, Burckhardt

2) deren Vertreter sind u.a. Wach, Binding, Kohler, E. Schmitt, German, Radbruch, Westermann, Esser.

3) vgl. die Darstellung in Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Band, 1.Halbband, S.325

4) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.298 ff.

B. Geschichtliche Betrachtung

Das für uns heute selbstverständliche Prinzip der Schadensteilung besteht in seiner jetzigen Form erst seit Einführung des damaligen § 222 in den ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Im gemeinen Recht galt ausschließlich die Culpakompensation¹⁾. Danach trug jeder bei eigenem Mitverschulden grundsätzlich seinen Schaden selbst, es sei denn, dieser sei ihm vorsätzlich oder arglistig von einem Anderen zugefügt worden²⁾. Dieses Alles-oder-Nichts-Prinzip geht unmittelbar auf das Corpus Juris zurück³⁾.

Offen ist jedoch, ob die römische Rechtsordnung das Problem eines konkurrierenden Verschuldens sah⁴⁾, oder ob nicht vielmehr das römische Deliktsrecht als rechtserheblichen Tatbestand nur das Alleinverschulden entweder des Schädigers oder des Verletzten kannte⁵⁾, so daß die dogmatische Erfassung des konkurrierenden Verschuldens erst den Interpreten des Corpus Juris gelungen wäre⁶⁾.

Diejenigen, die die zuletzt genannte Ansicht vertreten, begründen dies damit, daß in den Quellen keine Stelle errichtlich sei (insbesondere nicht die als direkteste Quellenstelle genannte D 50.17.203), in denen ein solches Verschulden der beiden Beteiligten ausdrücklich festgestellt worden sei⁷⁾.

- 1) Der Culpakompensationsgedanke hat auch im heutigen BGB noch seinen Platz, z.B. in den §§ 122 Abs. II, 123 II, 179 III, 273 II, 307 I S. 2, 460, 464, 524 II, 539, 640 II, 701 I S. 2, 817 S. 2, 932 I S. 1 und II, 937 II, 1611 II, 2077 I 2, 2333, 2339 BGB; im Grunde gehören wohl auch alle Verjährungsvorschriften hierher, denen außer der bekannten Erwägung der Erweisbarkeit des Anspruchs auch der Gedanke zugrundeliegt, daß sich der Gläubiger in der Zwischenzeit um die Sache hätte kümmern müssen.
- 2) vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten, S. 64 insbesondere Anm. 17, wo auf die römischen Rechtsquellen Bezug genommen wird.
- 3) vgl. Lange, Schadensersatz und Privatstrafe ... S. 71; vgl. Pernice, Labeo, S. 97, 98; die direkteste Quellenstelle im römischen Recht ist D 50.17.203: "Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire", die sich auf das Vermächtnis bezieht; vgl. weiter zum Culpaprinzip: Haymann in SZ 42 (1921), S. 362 m.w.N.
- 4) so Pernice, Labeo, S. 97, 98
- 5) so Wollschläger in SZ 93 (1976), S. 117; Aumann, S. 20
- 6) vgl. Wollschläger in SZ 93 (1976), S. 117
- 7) vgl. Wollschläger in SZ 93 (1976), S. 116

Dem widersprechen die Vertreter der Gegenmeinung¹⁾, die im übrigen die herrschende Lehre²⁾ darstellen, unter Bezugnahme auf den Barbierfall in D 9.2.11 pr. (ulp. 18 ed.). Hier läßt sich ein Sklave am Rande eines Ballspielfeldes rasieren. Ein Spieler schlägt den Ball zu heftig, so daß er das Rasiermesser an der Kehle des Sklaven trifft und ihn tötet. Aus den Worten Ulpians: "... est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere." entnimmt man, daß nicht nur zwischen der Verantwortung des Ballspielers und des Barbiers, sondern auch der (seinem Herrn zuzurechnenden) des Sklaven abgewogen worden sei. Indem sie die Verantwortung von Schädigern und Verletzten berücksichtige, habe die römische Rechtsordnung das Problem des konkurrierenden Verschuldens gesehen³⁾.

Obwohl die Praxis im gemeinen Recht die Culpakompensation zunächst uneingeschränkt anwendete⁴⁾, empfand man auch zu jener Zeit die Härte dieses Prinzips. Davon zeugen neben der Entwicklung in der Rechtslehre⁵⁾ einige Gerichtsurteile⁶⁾, in denen Entscheidungen verkündet wurden, die zwar nicht von der Begründung, aber vom Ergebnis unserer heutigen Mitverschuldenslehre nahe kamen.

Die heutige Lösung, nämlich den Schaden zwischen Schädiger und Verletzten nach einer Abwägung ihrer Verursachungs- und Verschuldensbeiträge zu teilen, entstammt der Aufklärungsphilosophie Christian Wolffs⁷⁾.

Wolffs Überlegungen stellen in der Dogmengeschichte einen entscheidenden Wendepunkt dar. Er unterscheidet als Erster das Alleinverschulden des Beschädigten von den Fällen beiderseitigen Verschuldens. Bei letzterem stellt das eigene Verhalten nicht die Entstehungsvoraussetzungen des Ersatzanspruches in Frage, sondern beeinflusst nur die

1) vgl. hierzu Luigi in Jus Commune II (1969), S.193

2) zu deren Vertreter im Einzelnen vgl. Wollschläger in SZ 93 (1976), S.131 Fußnote 86

3) vgl. zu den weiteren Argumenten in dem dargestellten Meinungsstreit Luigi in Jus Commune II (1969), S.193 ff.

4) vgl. Aumann, S.50 m.w.N.

5) vgl. Aumann, S.38 ff.

6) so OLG Braunschweig vom 23.4.1891 in Seuff.Archiv 47, Nr.28; Oberhofgericht Mannheim vom 20.12.1859 in Seuff.Archiv 13, Nr.235; Reichsgericht vom 17.10.1884 in Seuff.Archiv 41, Nr.19

7) veröffentlicht in seinem Werk "Jus naturae methodo scientifica pertractatum" Pars II, Hallae 1742

Höhe der Ersatzleistung. Wolff berechnet den Schaden einheitlich und teilt ihn nach dem Verhältnis der beiderseitigen Schuld auf. Damit wird dem Gedanken der Proportionalität zwischen dem Maß der Schuld und dem Umfang der Haftung Rechnung getragen¹⁾.

Auf breiter Ebene ist die Mitverschuldenslehre jedoch ein Produkt des 19. Jahrhunderts²⁾. Daß es noch nicht zu einem Rechtsprinzip wurde, lag an der Abhängigkeit des gemeinen Rechts von den römischen Rechtsquellen³⁾, insbesondere auch der starken Einwirkung der Pandektenwissenschaft auf die damalige Rechtsprechung⁴⁾.

Die Konstruktion des Mitverschuldens erforderte daher eine Abkehr vom römischen Recht⁵⁾. Aus diesem Grund war es auch gerade das deutschrechtlich orientierte preußische Landrecht, das sich durch die Suche nach mehr Beweglichkeit hervorgetan hat⁶⁾. Dies entsprach der naturrechtlichen Stimmung des ALR, das sich vom römischen Recht nicht beeinflussen ließ⁷⁾. Das ALR enthält zwar keine quotale Schadensverteilung, jedoch zum ersten Mal eine Regelung, die die Zuteilung des Schadens an verschiedenen Schuldformen (Vorsatz, grobes Versehen, mäßiges Versehen und geringes Versehen) orientiert⁸⁾.

Die gemeinrechtliche Lehre fühlte sich bei ihrem Dogma nicht besonders wohl⁹⁾. Sie versuchte, durch besondere Konstruktionen, wie Aufrechnung oder der Begründung, durch die überwiegende Eigen-

1) vgl. Aumann, S.49 Fußnote 1

2) vgl. Hedemann, Die Fortschritte ..., S.102

3) vgl. Hedemann, Die Fortschritte ..., S.102

4) vgl. Aumann, S.170 ff.

5) vgl. Hedemann, Die Fortschritte ..., S.103

6) vgl. ALR von 1794, 6.Titel des ersten Teils, §§ 18-21 (zitiert in Rehbein-Reincke), im Gegensatz zu anderen partikularen Rechten, wie Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863 oder dem partikularen Recht Württembergs, das zur Frage des Mitverschuldens keine Regelung enthält und somit auf das gemeine Recht zurückgreifen mußte, vgl. dazu Keller, S.9, m.w.N.

7) vgl. dazu Eccius, Theorie und Praxis, S.561; Cohn in Gruchot, S.101 ff.

8) vgl. dazu Eccius, Theorie und Praxis, S.561; Cohn in Gruchot, S.101 ff.

9) vgl. dazu Dernburg a.a.O., Bd.2, S.121 Fußnote 8 unter Berufung auf Brinz, Pandektenrecht.

schuld des Beschädigten sei der Kausalzusammenhang unterbrochen worden, über manche Ungerechtigkeit hinwegzukommen. Dennoch hielt sie an ihrer Lehre im Prinzip fest.

Zwischenzeitlich hatten die umliegenden Rechtskreise den Teilungsgedanken in ihre Kodifikationen aufgenommen. Im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch in Österreich von 1812 sah § 1304 erstmals eine quotale Teilung vor¹⁾. Im neuen HGB von 1897 hatte sich - insbesondere auch auf Wunsch von Schiffahrts- und Handelskreisen²⁾ - mit § 735 gegen die vorherige gesetzliche Regelung (Art. 737 des ADHGB) der Gedanke der Haftungsteilung durchgesetzt.

Die Regelung des BGB, wie wir sie kennen, trug dementsprechend den tatsächlichen Erfordernissen und Bedürfnissen des damaligen Rechtsverkehrs Rechnung. Sie ist aber auch die Folge der methodischen Auseinandersetzung dieser Zeit, in dem sie sich vom gemeinen Recht und damit auch teilweise von den römischen Rechtsquellen abwendete und sich öffnete für naturrechtliche, deutschrechtliche Prinzipien, die weit mehr Vertrauen in den Richter setzen, dem die Abwägung der Haftungsverteilung überlassen bleibt³⁾. Sowohl in rechtstheoretischer Hinsicht als auch von der Rechtswirklichkeit her gesehen, forderte es die Zeit, die Haftungsteilung in ihre Kodifikationen aufzunehmen.

Der Zweck dieser Haftungsteilung lag darin, eine dem Schadensfall angemessene und gerechte Lösung mit Hilfe des Richters zu suchen⁴⁾.

-
- 1) Ähnlich auch Art. 51 II des alten schweizer Bundesgesetz über das Obligationsrecht
 - 2) vgl. Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, VI. Band, Materialien zum HGB, S. 642
 - 3) vgl. Hedemann, Die Fortschritte ..., S. 104
 - 4) vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II, S. 24; vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung zu dem Entwurf eines BGB, Bd. I, S. 301.

Allein dies hilft uns für die Frage der Ausdehnung des § 254 Abs.1 BGB nicht weiter. Der gesetzgeberische Zweck war eindeutig nur auf das Schadensrecht gerichtet. Es gibt keine Andeutung des Gesetzgebers, § 254 BGB auch anderswo anzuwenden.

Andererseits konnte man auch nicht verlangen, daß der Gesetzgeber den Teilungsgedanken nun gleich in das gesamte Recht hineintrug. Gerade das Schadensrecht war es, das das Bedürfnis nach Teilung der Folgen besonders krass hervortreten ließ. Die Beschränkung des Gesetzgebers auf diesen Bereich heißt nicht, daß er diesen Gedanken anderswo nicht zur Anwendung bringen wollte, sondern nur, daß er seine Notwendigkeit nur im Schadensrecht gesehen hat.

C. Wortlaut und Systematik des § 254 Abs.1 BGB

I. Eröffnungs- und Teilungsnorm

§ 254 Abs.1 BGB ist zunächst eine Eröffnungsnorm, d.h. die Vorschrift betrifft den haftungsbegründenden Vorgang¹⁾.

Dies heißt, daß § 254 Abs.1 BGB vor Prüfung der Frage, wie der Schaden zu verteilen ist, feststellt, daß unter bestimmten Umständen eine Schadensteilung vorzunehmen ist; § 254 Abs.1 BGB stellt somit die Voraussetzungen klar, die eine Mithaftung des Geschädigten begründen.

Einen Aufschluß über die ratio legis gibt zunächst die Feststellung der Mindeststruktur des § 254 Abs.1 BGB. Es gibt Autoren²⁾, die bei § 254 Abs.1 BGB dieselbe Struktur sehen, wie die herrschende Lehre³⁾ beim § 823 Abs.1 BGB, nämlich Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld⁴⁾. Darin wird ein Prinzip der Parallelität gesehen. Ein Vergleich mit anderen Haftungsvorschriften zeige, daß jeder Eröffnungsnorm eine entsprechende Haftungsnorm gegenüberstehe⁵⁾. Das Gesetz, bzw.

1) vgl. Venzmer, S.81; Wochner, S.168

2) so Wochner, S.182

3) vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S.193, 194 m.w.N.

4) Es wird von einigen Autoren, (z.B. Enneccerus-Nipperdey, A.T. § 209 m.w.N.) auch ein zweigliedriger Deliktsaufbau vertreten, wonach die Rechtswidrigkeit im Rahmen des Handlungsbegriffes zu untersuchen ist.

5) so Wochner, S.182

das Recht behandle den Selbstschädiger somit als einen von mehreren Fremdschädigern¹⁾.

Wenn oben Gesagtes zuträfe, dann hätte § 254 BGB zweifelsohne einen eindeutigen Bezug zum Schadensrecht, der seine Ausdehnungsfähigkeit erheblich einschränken würde. Die nachfolgende Untersuchung soll zeigen, ob diese Parallelität nach Wortlaut und Systematik tatsächlich gegeben ist.

II. Tatbestand des § 254 Abs.1 BGB

§ 254 BGB setzt zunächst einmal einen gegnerischen Anspruch voraus; er selbst begründet keine Schadensersatzpflicht, ist also keine Anspruchsgrundlage²⁾.

Im einzelnen verlangt § 254 Abs. 1 BGB Verursachung ("hat bei Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt")³⁾. Dies verwundert allerdings nicht, da die Verursachung als Zurechnungsgrund ein dominierendes Prinzip ist, das sich nicht allein auf das Schadensrecht beschränkt.

Andererseits ist aber die Aussage des § 254 Abs.1 BGB insoweit so eindeutig, daß man sich eine Ausdehnung auf Fälle, in denen bei der Entstehung des nachteiligen Zustandes der Betroffene nicht mitgewirkt hat, nicht vorstellen kann⁴⁾. Darüber hinaus knüpft § 254 Abs.1 BGB durch obengenannte Wendung an die jeweils haftungsbegründende Norm an und formuliert somit - wenn man will - die Stufe der Tatbestandsmäßigkeit.

1) vgl. Gernhuber in AcP 152, 76; BGH Vers.R 1963, 380 ff.

2) so RGZ 57, 87 (89)

3) Da Verschulden nicht kausal sein kann, müßte es eigentlich heißen: "hat ein schuldhaftes Handeln mitgewirkt"; vgl. v. Liszt, S.81

4) In diesem Fall ersetzen auch andere Prinzipien, wie z.B. die Sphärentheorie die fehlende gesetzliche Regelung.

III. Rechtswidrigkeit und Verschulden - der Verschuldensbegriff des § 254 Abs.1 BGB

Die Frage des Verschuldensbegriffes in § 254 BGB gehört zu den viel diskutierten Problemen im Zivilrecht. Der Grund zu kontroversen Ansichten liegt darin, daß es grundsätzlich nicht möglich ist, schuldhaft zu handeln, ohne daß dies auch rechtswidrig wäre. Andererseits verstößt eine Selbstschädigung nicht gegen die Gebote der Rechtsordnung und ist somit nicht rechtswidrig¹⁾.

Diesem Problem sah und sieht sich Rechtssprechung und Lehre konfrontiert. Wenn einerseits ein Verschulden im rechtstechnischen Sinne eine rechtswidrige Handlung voraussetzt, andererseits aber eine Selbstschädigung nicht rechtswidrig ist, bleibt die Frage, ob nicht das Rechtsinstitut des Mitverschuldens von einem Verschuldensbegriff ausgeht, der von einem Unwerturteil in Form der Rechtswidrigkeit frei ist.

Auf der anderen Seite besteht das Problem, ob nicht auch bei der Selbstschädigung eine Rechtswidrigkeit gegeben sein kann.

1. Unterscheidung objektiver und subjektiver Tatbestand

Zu diesem Themenkreis gibt es eine Fülle von kontroversen Ansichten. Es ist hier nicht möglich, auf diese im einzelnen einzugehen²⁾. Bei der Darstellung dieser Frage ist es jedoch meines Erachtens der älteren Literatur eher gelungen, eine systematische Aufarbeitung des Problems zu finden, als dies bei jüngeren Abhandlungen der Fall ist. Ich möchte mich deshalb auch weitgehend an die Systematik der älteren Literatur halten³⁾.

-
- 1) sieht man vom Verbot einer Selbstverstümmelung im Wehrrecht ab, wobei hier das Rechtsgut der körperlichen Integrität nicht im alleinigen Dispositionsbereich des Betreffenden liegt (§ 17 Wehrstrafgesetz)
 - 2) vgl. dazu die Dissertation von Schäfer
 - 3) vgl. insbesondere die Unterscheidung in einen objektiven und subjektiven Tatbestand des Verschuldensbegriffes, wie sie Meyer-Falk in seiner Dissertation gewählt hat.

Der Unterschied besteht im wesentlichen darin, daß die ältere Literatur erkannt und ausgesprochen hat, daß der Begriff des "Verschuldens" im § 254 BGB mehrfache Bedeutung erlangt, vor allem aber, daß die Frage der Rechtswidrigkeit in diesem Begriff als Problem enthalten ist, und nicht außerhalb desselben steht¹⁾. Dementsprechend ist zwischen einem objektiven und subjektiven Tatbestand des "Verschuldens" zu unterscheiden.

Der objektive Tatbestand setzt außer einer Willensbetätigung und einem Erfolg den Grund der Mißbilligung des Verhaltens voraus²⁾. Letzteres deckt sich mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit, so daß die dazu geführte Diskussion an dieser Stelle behandelt werden muß.

Der subjektive Tatbestand setzt eine subjektive Beziehung des Täters zu den einzelnen Punkten des objektiven Tatbestandes voraus³⁾.

Hier läßt sich unterscheiden, einmal das "technische Verschulden" in Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit oder das "untechnische Verschulden" im Sinne des volkstümlich gemeinten "Schuld sein an etwas"⁴⁾.

Diese Gliederung ist meines Erachtens geeignet, den Verschuldensbegriff des § 254 BGB systematisch zu erfassen. Auf diese Weise ist nämlich eher eine einheitliche Sprachregelung gefunden, als wenn man von dem Verschuldensbegriff den Begriff der Rechtswidrigkeit trennt, wobei die jeweiligen Autoren bei der Frage des Verschuldens das Problem der Rechtswidrigkeit ansprechen und andere wieder letzteres mit Verschuldensfragen vermengen.

1) Anders aber z.B. die Darstellungen von Weidner, a.a.O.; oder Wochner, u.a.

2) vgl. v. Leyden, S.54

3) vgl. v. Leyden, S.54

4) vgl. v. Leyden, S.62, S.67 Anm.1;
Weyl, S.299.

2. Der objektive Tatbestand

Zunächst soll gefragt werden, ob oder weshalb die Rechtsordnung das Verhalten des Beschädigten, das zu seinem eigenen Schaden führt, mißbilligt.

- a) Es gibt Autoren, die trotz der obengenannten systematischen Bedenken, auch bei § 254 Abs.1 BGB den Begriff der Rechtswidrigkeit annehmen und damit in § 254 Abs.1 BGB ein echtes Verschulden erblicken.

Die einen¹⁾ vertreten die Ansicht, daß der Geschädigte in dem Moment die Rechtsphäre des Haftpflichtigen verletze, in dem er von diesem Ersatz fordere. In einem solchen Vorgehen läge ein echtes Verschulden²⁾. Die Schuldhaftigkeit eines Verhaltens muß jedoch zum Zeitpunkt des Erfolgseintrittes bestimmt werden können und darf nicht von Umständen abhängen, deren späterer Eintritt ungewiß ist³⁾.

- b) Ähnlich wie diese Ansicht ist die Meinung derjenigen, die den objektiven Tatbestand des Verschuldens mit dem Grundsatz des venire contra factum proprium erklären⁴⁾. Dabei ist zu beachten, daß dieser Grundsatz bei dem Komplex des Mitverschuldens zweierlei Bedeutung erhält, was oft nicht bemerkt wird⁵⁾. Zum einen wird dieser Grundsatz nämlich als Grundgedanke des § 254 Abs.1 BGB angeführt⁶⁾, zum anderen - und darauf beschränkt sich

1) vgl. Staudinger-Werner, § 254, Nr.27

2) Diese Meinung geht zurück auf zwei Dissertationen: Eick "Konkurrierendes Verschulden", 1904 und Stikinski "Eigenes Verschulden", 1923; vgl. dazu Meyer-Falk, S.26

3) vgl. Weidner, S.17

4) vgl. u.a. Adriani

5) so bei Dunz in JZ 61, 142 (143); Magnus, S.16; Weidner, S.20

6) dazu später auf Seiten 44 ff.

die Untersuchung an dieser Stelle - als Deutung des Verschuldensbegriffes.

Die Vertreter der Meinung, der Begriff "Verschulden" in § 254 Abs.1 BGB sei mit dem Grundsatz des venire contra factum proprium zu erklären, sind der Ansicht, daß das den Eigenschaden verursachende Verhalten des Verletzten nicht negativ beurteilt werden könne, zu mißbilligen sei lediglich das spätere Begehren nach Schadensersatz¹⁾.

Der Wortlaut des § 254 Abs.1 BGB lautet jedoch, "hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt". Die Frage des Verschuldens bezieht sich somit auf die Schadensentstehung und nicht darauf, in welcher Form der Schaden reguliert wird. Diesen eindeutigen Wortlaut kann man nicht umgehen²⁾. Abgesehen davon kann der Grundsatz des venire contra factum proprium auch keine allgemeine Rechtspflicht begründen, so daß dadurch eine Widerrechtlichkeit gegeben wäre³⁾.

Schließlich hilft uns diese Formel auch nicht weiter, da man für die Frage, wann das Schadensersatzbegehren gegen vorheriges Verhalten verstoßen würde, wiederum nach Zurechnungskriterien suchen müßte. Dies bestätigen im übrigen auch die Ausführungen Adrianis. Um nämlich die Widersprüchlichkeit eines späteren Verhaltens zu begründen, muß man sich wiederum in irgendeiner Form auf ein mitwirkendes oder leichtsinniges Verhalten berufen.

- c) Eine andere Auffassung geht dahin, das die Rechtswidrigkeit dadurch gegeben sei, daß derjenige objektiv rechtswidrig handle, der im Hinblick auf einen allgemeinen widerrechtlichen Tatbestand schuldhaft handle,

1) so Adrianis, S.22 ff.

2) so auch Träger, S.332.

3) vgl. Adrianis auf Seite 23.

also z.B. derjenige, der als Teilnehmer des Straßenverkehrs dessen Regeln verletzt habe¹⁾.

Ein Verschulden in bezug auf den eigenen Schaden und auf die Schadensersatzpflicht des Gegners sei nicht erforderlich, wenn das Verhalten des Beschädigten in anderer Beziehung schuldhaft widerrechtlich sei²⁾.

Diese Ansicht verkennt meines Erachtens den tatbezogenen Rechtswidrigkeitszusammenhang. Es trifft zwar zu, daß derjenige, der zu schnell fährt, gegen die Straßenverkehrsvorschriften verstößt, der daraus resultierende Eigenschaden ist jedoch begrifflich nicht durch eine rechtswidrige Tat zustande gekommen, sondern er ist lediglich im Sinne einer naturwissenschaftlichen Kausalität auf Grund einer rechtswidrigen Tat verursacht worden.

Träger³⁾ lehnt diese Lehre mit einem überzeugenden Beispiel ab.

Wenn A auf seinem Gutshof Schießübungen veranstaltet und dabei den B fahrlässig verletzt, so hinge nach oben dargestellter Meinung seine Schadensersatzpflicht davon ab, ob B den Hof betreten hat, um nach einer Arbeitsstelle zu fragen oder um Kirschen zu stehlen.

d) Venzmer⁴⁾ ist der Ansicht, daß eine Schädigung der eigenen Rechtsgüter beim Zusammentreffen mit der Haftung eines Dritten notwendigerweise die Wirkung habe, daß letzterem ein Schaden entstehe. Folglich sei die Erfolgswirklichung, die diesem Schaden zugrunde liege, vom Standpunkt des Geschädigten aus rechtswidrig.

e) Wochner⁵⁾ schließlich glaubt, die Widerrechtlichkeit des § 254 Abs.1 BGB dadurch zu erfassen, daß man

1) vgl. Weidner, S.17

2) so Rümelin in AcP 90, 310

3) vgl. Träger, S.330

4) vgl. Venzmer, Randnr. 120 ff.

5) auf S.180 ff.

von einer hypothetischen Rechtswidrigkeit ausgeht. Dies erfolgt in der Weise, daß man die Handlung des Selbstschädigers unter dem Gesichtspunkt prüft, daß sie ein anderer getan hätte. Mit dieser Konstruktion soll die "Einheit der Rechtsordnung" gewahrt werden¹⁾.

Eine solche Einheit wird jedoch nur konstruiert und überdies auch an der Struktur des § 823 BGB ausgerichtet. Hier finden wir das anfangs²⁾ beschriebene Prinzip der Parallelität wieder. Diese Parallelität ist jedoch meines Erachtens vom Gesetzgeber nicht gewollt. Der Gesetzgeber hat den § 254 BGB nicht dem § 823 BGB entgegengestellt, sondern vielmehr auf alle Fälle des Schadensersatzes bezogen. Dafür spricht auch die Stellung des § 254 BGB im Rahmen der §§ 259 ff. BGB. Selbst wenn eine Gegenüberstellung gegeben wäre, so hieße dies nicht, daß eine systematische Parallelität zwischen den Vorschriften bestehen müßte. Wenn eine Vorschrift die Folgen einer anderen mindert, so muß sie nicht deren systematischen Gliederung entsprechen. Letztlich ist aber eine hypothetische Rechtswidrigkeit eben keine tatsächliche Widerrechtlichkeit, so daß uns damit für die Frage der Auslegung des § 254 BGB wenig geholfen ist.

- f) Man könnte daraus, daß es an der eigentlichen Rechtswidrigkeit fehlt, wie man sie von der Fremdschädigung kennt, schließen, daß das eigene Verschulden ein von dem "Schuldmoment" völlig losgelöster Begriff ist, eher identisch mit Verursachen³⁾.

Eine derartig radikale Korrektur des § 254 BGB ist jedoch im Wege der Auslegung nicht mehr zu erreichen⁴⁾.

1) so Wochner, S.181 ff.

2) vgl. vorliegende Arbeit S. 24

3) So Endenmann, S.595, 596; Crome, S.494 ff., der allerdings in "Verschulden" ein "Selberschuld" sieht und letzteres - m.E.unbegründet - durch Verursachung ersetzt.

4) vgl. Gernhuber in AcP 152, 81

Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, dann hätte er das Wort "Verschulden" gleich durch "Verursachen" ersetzen können.

Darüberhinaus zeigt ein Beispiel, daß eine derartige Ansicht zu unbilligen Ergebnissen führt¹⁾.

In dem Haus des A ist Feuer ausgebrochen. Um seine Kinder, die sich im Haus befinden, zu retten, schlägt B ein Fenster ein. B ist dem A nach § 904 BGB ersatzpflichtig. Ist das Feuer von D schuldhaft verursacht worden, hat A auch gegen diesen einen Ersatzanspruch. Wird nun B von A belangt, so kann B nach § 255 BGB die Abtretung des Anspruches gegen D verlangen.

Wenn nun A und B identisch sind, dann müßte nach oben dargestellter Ansicht der D mit dem Einwand des eigenen Verschuldens gegenüber A = B durchdringen, ohne daß ein Unterschied (mit Ausnahme der Personenverschiedenheit) zu ersten Fall ersichtlich ist.

Eine derartig unterschiedliche Behandlung ist jedoch nicht einzusehen.

- g) Die Vertreter²⁾ der qualifizierten Verursachung versuchen, aus den Schwierigkeiten der dogmatischen Begründung die Konsequenzen zu ziehen und befreien § 254 BGB von dem Element der Vorwerfbarkeit und Mißbilligung³⁾. Sie lehnen die Parallelität von Selbst- und Fremdschädigung ab. Es gebe zwar den Grundsatz "casum sentit dominus", jedoch keine vergleichbare allgemeine Fremdschadenzurechnung zu Lasten eines Dritten⁴⁾. Letzterer müßte sämtliche Merkmale eines gesetzlichen Tatbestandes mit Rechtswidrigkeit und Schuld erfüllen, um zu haften. Der Geschädigte dagegen hafte für seinen eigenen Schaden grundsätzlich immer. Dies folge aus dem Prinzip der Sachzuständigkeit. Innerhalb dieses Prinzips läge es auch,

1) nach v. Leyden, S.64, 65

2) vgl. Weidner, S.24 ff.

3) so auch Eilts, S.13; Dunz in JZ 61, 407

4) so Weidner, S.25

wenn man als "Eingangspforte"¹⁾ für die Rechtsfolge des § 254 Abs.1 BGB die qualifizierte Verursachung genügen lasse. Eine solche sei dann gegeben, wenn der Geschädigte selbst durch sein Verhalten seine Interessen in beträchtlichem Maße auf das Spiel gesetzt habe²⁾. Liegt ein bestimmter Grad von "Gefahrexponierung"³⁾ vor, so greife § 254 Abs.1 BGB ein.

Diese Theorie hilft meines Erachtens wenig weiter. Zum einen unterscheidet sie sich kaum von der von ihr widersprochenen Lehre Zitelmanns⁴⁾, da man ja bei der Frage der Gefährdung eigener Interessen ähnliche Fragen beantworten muß, wie dies bei der Lehre des "Verschuldens gegen sich selbst" der Fall ist. Zum anderen spricht das Gesetz von "Verschulden" und nicht von "Verursachen". Auch hier paßt das Beispiel von v. Leydens⁵⁾. Derjenige, der sich zur Lebensrettung in Gefahr begibt, setzt seine Interessen an körperlicher Integrität erheblich aufs Spiel. Werden jedoch nur solche Gefahrexponierungen von Bedeutung, die - im Gegensatz zur Lebensrettung - von der herrschenden Auffassung nicht positiv gewürdigt werden, so entspricht diese Ansicht im Grunde der noch darzustellenden Lehre Zitelmanns.

- h) Eine weitere Möglichkeit, ohne Mißbilligung des Geschädigtenverhaltens zu einer Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu kommen, ist gegeben, wenn man in dieser Vorschrift eine Norm sieht, die den Geschädigten mit einer Obliegenheit belastet⁶⁾.

Obliegenheiten sind "Pflichten minderer Zwangsintensität"⁷⁾. Es besteht kein Anspruch auf ihre Erfüllung,

1) so Gernhuber in AcP 152, 69 (78)

2) vgl. Weidner, S.26

3) vgl. Weidner, S.26

4) dazu später S.35

5) vgl. oben S.32

6) so Reimer Schmidt, Die Obliegenheit, S.109 ff.

7) vgl. Schmidt in Sörgel-Siebert, § 241 Vorbem. zu 8

sie sind weder einklagbar noch vollstreckbar. Dem Belasteten droht beim Nichtbeachten der Obliegenheit lediglich ein Rechtsnachteil.

Die in § 254 Abs.1 BGB angesprochene Obliegenheit bestehe darin, daß sich der Betroffene bereits vor Eintritt des Schadensfalles auf den etwaigen Ersatzanspruch einzustellen und mitwirkende Selbstschädigung zu unterlassen habe¹⁾.

Rechtspflichten müssen jedoch dem Adressaten bewußt sein. Dies gilt auch für Obliegenheiten. Derjenige, der grob fahrlässig den Versicherungsfall herbeiführt, weiß, daß er z.B. durch seine Trunkenheit eine Obliegenheit gegenüber seiner Versicherung verletzt. Demjenigen, der sein Anfechtungsrecht nicht fristgemäß ausübt, ist bewußt, daß er dieses dann nach § 121 BGB verliert. In diesen Fällen liegt es somit in der Macht des Betroffenen, für die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Obliegenheit zu sorgen.

Wenn man jedoch in § 254 Abs.1 BGB eine Obliegenheit sieht und der Definition von Schmidt folgt, so ist zu fragen, wie man sich bereits vor Eintritt des Schadensfalles auf einen kommenden Schadensersatzanspruch einstellen und deshalb eine mitwirkende Selbstschädigung unterlassen soll. Die Folge dieser Ansicht ist, daß § 254 BGB den Betreffenden nicht anhält, sich zur Vermeidung einer Anspruchsverkürzung verkehrsgerecht zu verhalten, als Notwendigkeit sinnvollen und effektiven menschlichen Zusammenlebens, sondern daß § 254 BGB für den Betroffenen lediglich im Hinblick auf Teilungsfragen bei der Durchsetzung seines Schadensersatzanspruches Bedeutung erhält.

Diese Theorie erscheint somit konstruiert und nicht nachvollziehbar²⁾.

1) so Reimer Schmidt, S.110

2) allenfalls § 254 II BGB könnte eine Obliegenheit darstellen, da hier der Geschädigte seine Pflichten vorher kennt.

Das eigene Verschulden muß somit ein Verhalten sein, das von der Rechtsordnung mißbilligt wird, nur daß der Grund der Mißbilligung nicht die Rechtswidrigkeit ist. Worauf beruht nun die Mißbilligung des zum Schadensereignis führenden Verhaltens des Geschädigten? Dabei sind zwei Meinungen ersichtlich, die in sich verschiedene Variationen aufweisen.

- i) Die im wesentlichen auch vom BGH¹⁾ vertretene Ansicht mißbilligt das Verhalten des Geschädigten von dessen eigenen Interessenstandpunkt aus. Zitelmann²⁾ prägte dafür den Ausdruck des "Verschuldens gegen sich selbst". Man erkennt an, daß der Betroffene bei eigener Beschädigung keine Rechtspflichten verletze. Mißbilligt wird das Fehlverhalten des Geschädigten allein von seinem eigenen Interessenstandpunkt aus³⁾.

Hinsichtlich des hier zu untersuchenden objektiven Tatbestandes des Verschuldens in § 254 Abs.1 BGB ist nach dieser Meinung ein bestimmtes Verhalten erforderlich, aus dem ein ursächlicher Erfolg resultiert und die objektive Mißbilligung dieses Verhaltens⁴⁾. Davon ausgehend haben Reichsgericht und Bundesgerichtshof unter mitwirkendes Verschulden die "Abweichung von einem bestimmten Normaltypus, vom Verhalten eines redlichen und verständigen Mannes verstanden"⁵⁾. Das Reichsgericht sprach von "Verschulden in eigener Angelegenheit"⁶⁾.

1) vgl. BGHZ 3, 46 ff.

2) vgl. Zitelmann, S.116

3) vgl. Weidner, S.17; von Leyden, S.67, der in dem Erfolg für den Handelnden eine Ordnungswidrigkeit sieht: Das eigene Verschulden wird gemißbilligt, weil die Willensbetätigung eine ordnungswidrige ist, und sie ist eine ordnungswidrige, weil der Erfolg selbst für den Handelnden ordnungswidrig ist.

4) vgl. Zitelmann, S.167

5) RGZ 100, 42 ff.; BGHZ 3, 46

6) RGZ 156, 193

Zur Begründung dieser Ansicht wird auch vorgetragen, daß der Terminus "Verschulden" geschichtlich bedingt sei¹⁾. Dieses Verschulden stehe für fehlende Sorgfalt und sei die Übersetzung für das lateinische "culpa", dem im romanistischen Sprachgebrauch diese Bedeutung zukam. Einem solchen Gebrauch des Begriffes "Verschulden" sei das Unwerturteil der Rechtswidrigkeit fremd. Für die vergleichbare Problematik des § 351 BGB meint Ernst Wolf²⁾, daß das Verschulden in einem untechnischen Vorsatz oder einer Fahrlässigkeit bestände ohne jedes normative Element. Verschulden im Sinne des § 351 BGB - und somit auch vergleichbar für § 254 BGB - sei ein menschliches Verhalten, das auf der Innenseite den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfülle, aber nach außen rechtmäßig sei.

Der oben dargestellten Theorie wird im wesentlichen mit folgenden Argumenten widersprochen.

Einmal sieht man darin eine mangelhafte dogmatische Erfassung des § 254 Abs.1 BGB³⁾. Weil es keine Rechtswidrigkeit gäbe, könne es auch keine echten Rechtfertigungsgründe geben; soweit dies Zitelmann damit lösen wolle, daß er analoge Situationen als ethisch geboten erscheinen lasse, wirke seine Ansicht gezwungen und widerspruchsvoll.

Zum anderen wäre das Verschulden gegen sich selbst dann problematisch, wenn man sich entschlöße, der Pflicht zur Selbstbewahrung verbindlichen Charakter beizulegen. Pflichten gegen sich selbst, die praktisch nur moralische Pflichten sein können, seien eben keine echten Rechtspflichten⁴⁾. Damit müßten außerrechtliche Wertmaßstäbe in das Rechtssystem eingeführt werden.

1) vgl. Esser, Schuldrecht I, S.328

2) in AcP 153, 133

3) vgl. Schäfer, S.24, 25

4) vgl. Schäfer, S.26, 27

Schließlich gibt es Stimmen¹⁾, die wenden gegen die hier beschriebene Lehre ein, daß auch sie das Geschädigtenverhalten mißbillige. Wenn man - aus welchen Motiven auch immer - dies tue und daran eine negative Rechtsfolge knüpfe, so würde das betreffende Verhalten eben doch rechtlich geboten sein.

M.E. bietet die Ansicht Zitelmanns eine gangbare Möglichkeit, die Problematik des § 254 Abs.1 BGB zu lösen.

Soweit dagegen dogmatische oder systematische Bedenken geäußert werden, verkennen diese die Tatsache, daß die Schwierigkeit des § 254 Abs.1 BGB eben gerade in seiner Systemwidrigkeit liegt. Die obengenannten Einwände gehen zu sehr von begriffsjuristischen Prinzipien aus. Wenn sich § 254 Abs.1 BGB durch seinen systemwidrigen Verschuldensbegriff nicht in den üblichen Deliktsaufbau einordnet, dann muß man ihm eben einen entsprechenden eigenen dogmatischen Mantel anpassen. Dies ist durch die von Zitelmann eingeflektete Lehre geschehen, wobei man diese objektiv dahingehend formulieren sollte, daß bei der Entstehung des Schadens ein "objektives Fehlverhalten"²⁾ des Geschädigten mitgewirkt haben muß. Damit wird die Handlung des Geschädigten aus der Sicht eines die Interessen des Beschädigten objektiv beurteilenden Betrachters qualifiziert. Ein ähnliches Vorgehen finden wir auch bei der Auslegung von Willenserklärungen, u.a.

Darüberhinaus ergibt sich der Begriff der Rechtswidrigkeit auch nicht zwingend aus unserer Rechtsordnung³⁾, sondern wurde erst nach der Kodifizierung des § 254 BGB allgemein angewandt⁴⁾.

1) vgl. Weidner, S.18

2) vgl. Weidner, S.87

3) vgl. Wiethölter, S.27

4) nach Beling, Die Lehre vom Verbrechen

Damit erscheint die Lehre Zitelmanns durchaus geeignet, die Motive des Gesetzgebers in zutreffender Weise nachzuvollziehen.

Eine gewisse Schwäche liegt in der Zitelmann'schen Formel darin, daß sie die Möglichkeit eröffnet, die Anforderungen an den Geschädigten zu überziehen¹⁾. Diese dürfen nämlich nicht so weit gehen, daß jener aus Furcht vor Übergriffen in seiner "praktischen Rechtsausübung" beschränkt und somit in seiner Position gegenüber der des Schädigers zurückgesetzt wird²⁾.

Es ist somit notwendig, für die hier beschriebene Auffassung Begrenzungsmerkmale zu finden. Derartige Kriterien können jedoch formuliert werden, ohne die Formel in Frage zu stellen.

- k) Eine andere Auffassung geht dahin, das Verhalten des Geschädigten deshalb zu mißbilligen, weil er Pflichten gegen andere verletze. Die einen³⁾ sahen in § 254 BGB eine Pflichtverletzung gegen den Verkehr und die Volksgemeinschaft. Der BGH sieht in einer Entscheidung⁴⁾ in § 254 Abs.1 BGB die Pflicht gegenüber der Gemeinschaft, alle zumutbaren Maßnahmen zur Schadensverhinderung, bzw. -minderung zu treffen. Andere⁵⁾ erblicken in § 254 Abs.1 BGB eine rechtliche Verpflichtung gegenüber dem Schädiger, die darin bestehen soll, daß jeder sein Handeln so einzurichten habe, daß er bei Wahrnehmung seiner Interessen den anderen Teil in seinen Rechtsgütern möglichst ungestört lasse⁶⁾.

1) vgl. Rother in NJW 66, 326

2) vgl. Rother in NJW 66, 326

3) so Larenz in Vertrag und Unrecht, S.101, der seine damalige Ansicht inzwischen aufgab; Stoll in Vertrag und Unrecht, S.237

4) BGH in NJW 51, 797

5) so z.B. Gottschalk; Meyer-Falk, u.a.

6) vgl. Gottschalk, S.31

Meyer-Falk sieht in § 254 Abs.1 BGB einen Schutz des Schädigers vor ungerechtfertigten Schadensersatzverpflichtungen bei eigenem Verschulden des Anspruchstellers. Die Ersatzverpflichtung des Schädigers sei eine Vermögensbeschädigung desselben und das Mitverschulden ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis. Die Widerrechtlichkeit des eigenen Verschuldens liege somit in der Verursachung der Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers¹⁾.

Die Ansicht der genannten Autoren verkennt, daß es der Schädiger ist, der zunächst einmal einen Haftungstatbestand verwirklicht. Deshalb ist er für den Schaden auch verantwortlich. Allerdings muß der Verletzte seinen Verursachungsbeitrag hinsichtlich des Schadens selbst tragen. Dabei geht die Haftung auch nicht von vornherein auf Ersatz des gesamten Schadens, sondern sie ist mit der Schadensentstehung entsprechend des Beitrages der Beteiligten beschränkt²⁾. Damit kann das Mitverschulden in den anderen Rechtskreis gar nicht eindringen, da es sich nur innerhalb der eigenen Sphäre auswirken kann.

Im Übrigen ist es kaum vorstellbar, daß der Gesetzgeber in § 254 Abs.1 BGB eine Schutzvorschrift des Schädigers vor weitergehenden Schadensersatzverpflichtungen sah, da derartige Gedankengänge unangebracht sind. Der Schädiger ist nicht schutzwürdig; die Begrenzung der Haftung durch § 254 Abs.1 BGB wird als gerecht empfunden, entspricht jedoch keinem Fürsorgedenken gegenüber dem Schädiger.

Der objektive Tatbestand des § 254 Abs.1 BGB wurde noch von weiteren Autoren untersucht. Die wesentlichen Positionen wurden jedoch oben dargestellt, sonstige Auffassungen bewegen sich im Groben innerhalb der unterschiedlichen Lehren³⁾.

1) vgl. Meyer-Falk, S.5

2) vgl. Meyer-Falk, S.6

3) vgl. dazu Schäfer

3. Der subjektive Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt eine "subjektive Beziehung"¹⁾ des Täters zu den einzelnen Punkten des objektiven Tatbestandes voraus. Wir haben oben festgestellt, worin die objektive Zurechenbarkeit des eigenen Handelns des Geschädigten gesehen wird. Allein dadurch ist jedoch noch nicht gesagt, in welcher Form ein subjektives Verschulden des Geschädigten vorliegen muß.

Wir kennen die Lehre des technischen und die des untechnischen Verschuldens.

- a) Die Vertreter des technischen Verschuldens setzen Deliktsfähigkeit und das Vorliegen einer der beiden Verschuldensformen, nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit, zum Zeitpunkt der Tat voraus²⁾.

Wenn der Schädiger nur haftet, falls obengenannte Voraussetzungen vorliegen, so müßte dies auch für den Geschädigten gelten. Dieser soll die Möglichkeit gehabt haben, vorzusehen, daß er sich durch sein Verhalten einen Schaden zufügen kann, und daß er bei Entstehung des Schadens mit einem anderen zusammenwirke, der ihm möglicherweise schadensersatzpflichtig werden könne³⁾.

Eine wesentliche Folge dieser Lehre ist, daß ein Deliktsunfähiger seinen Ersatzanspruch ungekürzt durchsetzen kann.

- b) Diejenigen, die den Verschuldensbegriff in § 254 Abs.1 BGB untechnisch auffassen, gehen davon aus, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes unkorrekt sei. Gemeint sei nicht ein "Verschulden" in rechtstechnischem Sinne,

1) vgl. von Leyden, S.54

2) vgl. Gottschalk, S.41; Zitelmann, S.169; Träger, S.334 ff.; Meyer-Falk, S.30; von Liszt, S. 82; heute wohl auch h.M., vgl. Staudinger-Werner, § 254 Nr.30, BGHZ 37,102

3) vgl. Mayer-Falk, S.31

sondern lediglich das Verhalten des Beschädigten, das seinen eigenen Ersatzanspruch kürzt¹⁾. Dies entspräche dem populären Urteil über tatsächlich fehlende Sorgfalt und Aufmerksamkeit überhaupt²⁾.

Endemann³⁾ schließt dies aus der Tatsache, daß das Gesetz von "Verschulden" spricht und nicht - wie sprachlich und terminologisch richtig - von schuldhaftem Handeln.

Andere⁴⁾ sehen in dem Verschuldensbegriff in unserem heute gebrauchten Sinne eine "unbedachte Übertragung faktischer Sorgfaltsvoraussetzungen in unsere Rechtsprache", die in früheren Gesetzen noch als solche bezeichnet waren. § 21 im 6. Titel des ALR spricht von "Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit"; § 688 des sächsischen BGB von der "gewöhnlichen Aufmerksamkeit eines ordentlichen Hausvaters".

Schließlich werden hierzu auch die Motive des BGB herangezogen⁵⁾, in denen es heißt: "Unter 'Verschulden' wird ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten verstanden. Der Regel nach ist dabei Voraussetzung, daß gegen eine einer anderen Person gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Aufwendung von Sorgfalt verstoßen wird. Der Kürze halber ist aber der Ausdruck mitunter auch da gebraucht, wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, gleichwohl aber an ein vorsätzliches oder fahrlässiges Gebahren Rechtsfolgen geknüpft werden".

Letzteres wird so verstanden, daß Verschulden auch die Fälle meinen kann, wo man im Leben sagt, der Verletzte war schuld daran, also die Verursachung⁶⁾.

1) vgl. Weyl, S.289; Crome, S.497

2) so Esser, Schuldrecht AT, S.327

3) auf S. 596 Anm.4

4) so Esser in JZ 1952, S.257 (258)

5) vgl. Mot. Zum Entwurfe eines BGB Bd.I, S.281

6) so jedenfalls Crome, S.497; vgl. auch Esser Schuldrecht AT S.328

Eine Folge dieser Auffassung ist, daß auch der Deliktsunfähige seinen Anspruch nach § 254 Abs.1 BGB unmittelbar kürzen lassen muß.

Da die Frage des subjektiven Tatbestandes des Verschuldens für die analoge Anwendung im vorliegenden Sinne von keinem allzu großen Interesse ist, erübrigt sich eine eingehende Auseinandersetzung mit den dargestellten Meinungen. Es sei lediglich vermerkt, daß auch der volkstümliche Sprachgebrauch nur dann von einem "selbst daran schuld sein" spricht, wenn der Betroffene den Schaden in irgendeiner Weise voraussehen konnte. Der Volksmund wird kaum jemandem, der durch Einsatz seines Lebens einen anderen gerettet und sich dabei verletzt hat, vorhalten, er sei an seiner Gesundheitsbeschädigung selber schuld.

Ebensowenig wird einem 5-jährigen Kind, das an einer ungesicherten Steckdose einen elektrischen Schlag erhält, der Vorwurf treffen, daran sei es selbst schuld. Der volkstümliche Sprachgebrauch deckt sich m.E. hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes des Verschuldens durchaus mit der Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Lediglich in bezug auf den objektiven Tatbestand haben der allgemeine Sprachgebrauch und die Rechtsdogmatik unterschiedliche Vorstellungen vom "Verschulden". Hier ist es der populäre Verschuldensbegriff, der das Erfordernis der Rechtswidrigkeit nicht begriffsnotwendig als Verschuldensbestandteil voraussetzt.

Es soll noch einmal darauf hingewiesen werden, daß viele Darstellungen des hier beschriebenen Problems darunter leiden, daß keine deutliche Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Tatbestand des § 254 Abs.1 BGB getroffen wurde. Daraus erklärt sich, daß der Begriff des technischen und untechnischen Verschuldens in einen und im anderen Falle gebraucht wurde, wodurch Ungenauigkeiten und Verwirrungen verursacht wurden.

§ 7 Der Rechtsgedanke des § 254 Abs.1 BGB

A. Allgemeines

Der Rechtsgedanke des § 254 Abs.1 BGB wird von der Rechtsprechung oft als Begriff genannt, jedoch nur selten inhaltlich erklärt. Es ist auffallend, wie häufig man mit ihm argumentiert, ohne auch nur im Ansatz zu sagen, was man darunter im einzelnen versteht¹⁾.

Dies mag daran liegen, daß in dem konkreten Fall kein Bedürfnis nach dogmatischer Erklärung vorlag oder auch daran, daß man den Rechtsgedanken des § 254 Abs.1 BGB gedanklich abgeschlossen in sich fühlt und aus dieser Selbstverständlichkeit kein Bedürfnis der Begründung und Ausführung sieht, obwohl dies gerade in einem solche Falle geboten wäre.

Es wurde bereits ausgeführt²⁾, daß § 254 Abs.1 BGB mehrere Rechtsgedanken in sich birgt. Hier soll aus den bekannten Gründen nur darauf eingegangen werden, was als Rechtsgedanke der Schadenslastverteilung zu verstehen ist.

Allgemein definiert besteht der Grundgedanken des § 254 Abs.1 BGB gerade in dieser Schadenslastverteilung³⁾. Sinn des § 254 BGB ist eine gerechte Schadensverteilung zwischen demjenigen, dem das Schadensobjekt zugeordnet ist und demjenigen, der dieses beschädigt. § 254 Abs.1 BGB findet also dort Anwendung, wo sich "Sachzuständigkeit und Haftung als widerstreitende Prinzipien" gegenübertreten⁴⁾. Diesem Risikobereich grenzt § 254 Abs.1 BGB ab; die Gerechtigkeit des Ergebnisses wird hierbei zum "gewichtigen Faktor"⁵⁾.

1) so z.B. OLG Bremen in NJW 63, 495

2) auf Seite 14

3) vgl. OLG Saarbrücken in MDR 70,760

4) so Weidner, S.72

5) so Weidner, S.72

Letzteres sind jedoch allgemeine Aussagen, die mit anderen Normen des Rechts übereinstimmen. Das Recht orientiert sich grundsätzlich am Gedanken des gerechten Interessenausgleichs, soweit es Aussagen über privatrechtliche Beziehungen trifft.

B. § 254 BGB als besondere Ausprägung des Grundsatzes
von Treu und Glauben

I. Darstellung der Meinungen

§ 254 BGB ist Ausdruck des Gerechtigkeitsdenkens.

Dementsprechend siedelt ein Großteil der Rechtsprechung und Lehre dieses Gerechtigkeitsdenken auch bei dem Grundsatz von Treu und Glauben und somit bei § 242 BGB an¹⁾. § 254 BGB sei eine besondere Ausprägung des vorstehend genannten Grundsatzes²⁾, wobei die Vorschrift einer "verfeinerten Auffassung von Treu und Glauben den Weg ebnen soll"³⁾. Der Sinn des § 254 Abs.1 BGB soll darin liegen, diesen Grundsatz auf das Schadensrecht und die Schadensverteilung zu übertragen⁴⁾. Dabei sei § 254 Abs.1 BGB soweit Ausdruck von Treu und Glauben, als die Schadensersatzforderung nicht dem Prinzip des "venire contra factum proprium" widersprechen dürfe⁵⁾.

Dem Geschädigten soll es nicht erlaubt sein, den Schädiger zur Rechenschaft zu ziehen, ohne dabei zu berücksichtigen, daß er selbst die gefährliche Lage bewußt geschaffen oder mitgeschaffen habe⁶⁾. Es soll dem Geschädigten nicht er-

1) vgl. BGH in NJW 54, 1724; BGHZ 34, 355; BGH in MDR 72,37; BGH in NJW 74, 798

2) vgl. BGHZ 50, 112; BGH in MDR 72, 37; BGHZ 34, 355; BGHZ 36, 329 (342); BGHZ 57, 152; BGH in NJW 74,798; BGH in NJW 72, 1415; OLG Düsseldorf in DAR 62, 150

3) so Venzmer, S.79

4) vgl. BGHZ 34, 355 (364)

5) BGHZ 34, 355 (363); Adriani, S.23

6) vgl. BGHZ 34, 355 (363)

laubt sein, seinen Schaden auch zu demjenigen Teil beim Schädiger zu liquidieren, zu dem er ihn in billiger Weise seinem eigenen früheren Verhalten zurechnen lassen muß. Aus der Sicht des Schädigers soll diesem die volle Entschädigungspflicht insoweit erspart bleiben, als ihm die Schadensvermeidung von dem Verantwortungsbereich des Geschädigten her in besonderer Weise erschwert worden sei¹⁾. Zweck des § 254 Abs.1 BGB sei es nicht, den Beschädigten wegen seiner Unverantwortlichkeit zu bestrafen, sondern dem Schädiger die Inanspruchnahme zu ersparen, wenn und soweit sie ihn im Verhältnis zum Beschädigten nicht treffen sollte²⁾. Dies umsomehr, als man die Selbstschädigung nicht mißbilligen könne, da sie aus der Sicht des Geschädigten sogar vernünftig sein könne³⁾.

Der Verstoß gegen Treu und Glauben liege also nicht in dem früheren Verhalten des Geschädigten, sondern erst in dem Widerspruch mit seinem früheren Verhalten⁴⁾.

Wenn man § 254 Abs.1 BGB als Ausdruck des § 242 BGB ansieht, dann macht dies nach Dunz⁵⁾ den aussichtslosen Versuch überflüssig, durch "gezwungene Konstruktion" zu einer Mißbilligung des selbstschädigenden Verhaltens des Verletzten zu kommen. Mißbilligt werde lediglich die spätere Forderung auf Schadensersatz, und zwar insoweit, als damit der Beschädigte seine mitwirkende eigene Verantwortlichkeit außer Betracht lasse und dem Fremdschädiger trotzdem die gesamte Verantwortung für den Fremdschaden aufbürden wolle⁶⁾.

1) vgl. BGB RGKR, Nr.1 zu § 254

2) vgl. Dunz in JZ 61, 404

3) vgl. Dunz in JZ 61, 407

4) vgl. Adriani, S.24

5) in JZ 61, 407

6) vgl. Dunz in JZ 61, 407

Einige Autoren formulieren dies darüberhinaus noch soweit, daß sie in § 254 BGB eine der Konkretisierung bedürftige Generalklausel sehen, wie dies z.B. die §§ 138, 242 BGB darstellen¹⁾.

Schließlich wurde in konkreten Fällen, in denen § 254 Abs.1 BGB von Wortlaut und Systematik nicht zur Anwendung kommen konnte, das gewünschte Ergebnis der Haftungsteilung über § 242 BGB gerechtfertigt²⁾.

II. Eigene abweichende Meinung

Es ist m.E. unzutreffend, den Rechtsgedanken des § 254 BGB mit dem Grundsatz des venire contra factum proprium zu erklären.

Der oben beschriebene Weg erscheint mir dogmatisch fruchtlos. Wenn man die Frage des Mitverschuldens außerhalb des Schadensrechts am konkreten Fall untersucht, so bleibt einem nicht die Mühe erspart, im einzelnen nach weiteren Kriterien zu forschen, die den obengenannten Grundsatz ausfüllen. Letztlich beruhen die meisten Normen des BGB auf dem Prinzip von Treu und Glauben, da sie für den privatrechtlichen Verkehr eine gerechte Regelung des konkreten Konflikts treffen wollen. Mit Treu und Glauben allein

1) vgl. Klauser in NJW 62, 372

2) vgl. BGH in Betr. 61, 569; 71, 1764
in Schäfer-Finnern Z/2400 Bl. 41 f.
Z/2414 Bl.146 f.

ist somit für die Auslegung und die Zurechnungskriterien des § 254 BGB wenig gewonnen¹⁾.

Der Grundsatz des *venire contra factum proprium* würde voraussetzen, daß zwar der Anspruch in voller Höhe entstanden ist, jedoch nur zu einem gewissen Bruchteil bei dem Schädiger geltend gemacht werden kann. Das Institut des *venire contra factum proprium* will die Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung unter bestimmten Voraussetzungen unterbinden²⁾.

Dagegen spricht jedoch, daß bei § 254 BGB der Schadensersatzanspruch von Anfang an nur zu einem bestimmten Bruchteil entstanden ist³⁾, wobei sich dies nach Maßgabe des Mitverschuldens des Verletzten richtet. Damit fehlt es aber an der Voraussetzung des *venire contra factum proprium*, da der Verletzte gar nicht den vollen Anspruch voraussetzen kann, sondern sein Schadensersatzanspruch vielmehr von Anfang an nur zu einem gewissen Teil entstanden ist.

M.E. stellt die Erklärung des Rechtsgedankens des § 254 Abs.1 BGB mit Hilfe des § 242 BGB eine methodische Umgehung des an sich Gedachten und Gewollten dar. Man mißbilligt nämlich nach außen hin nicht den zurechenbaren Beitrag des Geschädigten, sondern vielmehr sein anschließendes Verlangen nach vollem Schadensersatz. Bei der Frage jedoch, weshalb dieses Verlangen zu mißbilligen ist, bezieht man sich wiederum auf den zurechenbaren Beitrag des Geschädigten. Dies führt dazu, daß sich ein zurechenbares Verhalten nicht nach dem Beitrag des Geschädigten zum Zeitpunkt des Schadenseintrittes richtet, sondern vielmehr von der jeweiligen Quotelung der richterlichen Abwägung abhängt und rückwirkend eine Mißbilligung erfährt.

1) vgl. Weidner, S.23

2) vgl. Esser, Schuldrecht AT, S.329

3) vgl. Esser, Schuldrecht AT, S.329; Flume, Anm. zu BGH in JZ 61, 605

Die Folge ist, daß derjenige, der seinen Schadensersatz bei Anspruchstellung richtig einschätzt, kein Mitverschulden nach § 254 Abs.1 BGB trifft, derjenige aber, der sich bei Geltendmachung seines Schadens verschätzt, dolos handelt und sich den Einwand des § 254 Abs.1 BGB entgegenhalten lassen muß¹⁾.

Wenn die Aussage des BGH²⁾ zuträfe, daß § 254 BGB einen Unterfall von § 242 BGB darstelle, dann müßte man sich allerdings fragen, warum die Vertreter dieser Auffassung dennoch nur einen Schaden anrechnen, den der Geschädigte schuldhaft verursacht hat. Entspricht es nicht auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, daß man auch dann einen Schaden nicht von einem anderen ersetzt bekommt, wenn man jenen zwar nicht mitverschuldet, jedoch mitverursacht hat³⁾. Andererseits verlangt unter bestimmten Voraussetzungen der Grundsatz von Treu und Glauben eine Anspruchsverkürzung, obwohl dies dem Wortlaut und der Systematik des § 254 Abs.1 BGB widerspricht. Dementsprechend berücksichtigt der BGH⁴⁾ das "Handeln auf eigene Gefahr" über § 254 BGB, obwohl hierbei der Verletzte in keiner Weise einen Mitverursachungsbeitrag am Entstehen des Schadensereignisses gesetzt hat. Der BGH rechtfertigt dies über die Grundsätze des "venire contra factum proprium".

Wenn man der Auffassung ist, daß § 254 BGB einer verfeinerten Auffassung des § 242 BGB auf dem Gebiet des Schadensersatzrechtes dienen soll, dann kann man konsequenterweise die Aussage treffen, daß jede Norm eine verfeinerte Auffassung des allmächtig gegenwärtigen Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt. Dies würde jedoch für die Feststellung des Grundgedankens einer Norm nicht weiterhelfen.

1) vgl. auch Weidner, S.22

2) BGH in NJW 54, 1724

3) so auch Magnus, a.a.O., S.16

4) BGHZ 34, 355 (364)

C. Eigenständiger Rechtsgedanke

I. Darstellung der Meinungen

§ 254 Abs.1 BGB kommt ein eigener Rechtsgedanke zu. Dies wird ansatzweise auch von der Rechtsprechung anerkannt, die in bestimmten Entscheidungen durchaus diesen Grundsatz zu formulieren weiß. So sieht der BGH in einer Entscheidung¹⁾ den Grundgedanken des § 254 Abs.1 BGB darin, daß Schädiger und Geschädigte den Schaden insoweit zu tragen hätten, als sie die Bedingungen zu verantworten hätten, die zusammen die Schadensursache setzten²⁾. Damit formuliert der BGH den Wortlaut des § 254 Abs.1 BGB nur um, trifft jedoch im wesentlichen dieselbe Aussage. Dieses Vorgehen, den Wortlaut des § 254 Abs.1 BGB in einer anderen Form wiederzugeben, findet man auch in anderen Entscheidungen³⁾. Damit ist allerdings für die Frage des Rechtsgedankens wenig Neues gesagt.

Weitergehend ist die Literatur, die sich mit der Frage des Rechtsgedankens des § 254 Abs.1 BGB beschäftigt hat.

1) in VersR. 55, 627 (628)

2) so auch RGZ 164, 269; BGHZ 56, 163

3) so BGHZ 3, 46: "Aus dem Rechtsgedanken des § 254 BGB, der einen Schadensausgleich auch dann vorsieht, wenn der Geschädigte nicht eine Leistungspflicht, sondern die ihm im eigenen Interesse obliegende Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist die Anwendbarkeit des § 278 BGB auf § 254 BGB zu schließen" oder

"Der Rechtsgedanke des § 254 BGB ist der, daß der Geschädigte den Schaden insoweit zu tragen hat, als er in gesetzlich verantwortlicher Weise eine Mitursache für den schadenbringenden Erfolg gesetzt hat" (RGZ 164, 269; BGHZ 6, 320); oder

"Der Rechtsgedanke des § 254 ist, daß derjenige, der die Sorgfalt außeracht läßt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, den Verlust oder die Verkürzung seines eigenen Schadensersatzanspruches in Kauf nehmen muß (BGHZ 3, 46 (49), BGHLM Nr.7 zu § 254 (Dc); BGHZ 9, 316; BGB RGRK § 254 Nr.1.

So ist nach Weimar¹⁾ § 254 BGB von seiner Zielsetzung her ein Schutzgesetz, das die Vermögensinteressen des Schädigers zu wahren habe. Diese Ansicht ist sicherlich etwas überkonstruiert und hat allenfalls für § 254 Abs.2 BGB eine gewisse Berechtigung.

Andere gehen von einer einheitlichen Schadensteilungsnorm aus²⁾ und sagen, daß im Grunde der Eigenschädiger nicht anders behandelt werden dürfe, wie ein Fremdschädiger. Er hafte deshalb mit, weil er als Schädiger anderen hafte würde.

Auf diesen Überlegungen bauen andere auf und führen aus, daß § 254 BGB aus dem Gedanken folge, daß Schädiger und Geschädigter gleich zu behandeln seien, da auch beide die Ursache gesetzt hätten, die zum Schadenserfolg geführt habe³⁾. Da man jedoch die einzelnen Bedingungen nicht isoliert in einen Rechtsanspruch umwandeln könne, würde die von dem Geschädigten gesetzte als Kürzung seines Anspruchs berücksichtigt⁴⁾.

II. Eigene Meinung

1. Ermittlung des Rechtsgedankens

In der Regel entscheidet der Gesetzgeber mit der Aufstellung einer Norm einen Interessenkonflikt. Dies gilt in besonderem Maße für die Vorschrift des § 254 Abs.1 BGB. Wenn man die Tätigkeit des Gesetzgebers mit der eines Richters vergleicht, so entspricht die Formulierung des Gesetzes dem Tenor eines Urteils. Ersteres dient dem abstrakten Konflikt, letzteres entscheidet den konkreten Streit. In seinen Entscheidungsgründen spricht der Richter aus, weshalb er den Konflikt in der bestimmten Weise gelöst hat. Der Gesetzgeber dagegen verzichtet darauf, seine Gesetzesformel mit Entscheidungsgründen zu versehen.

1) in DR 1944, 609

2) vgl. Wochner, S.197

3) vgl. Venzmer, S.109, 110

4) vgl. Venzmer, S.82

Aufschluß darüber geben uns teilweise die Motive oder Protokolle der jeweiligen Sitzungen der gesetzgebenden Versammlung. Diese einschlägigen Stellen sind jedoch bei § 254 BGB (damals noch § 222) wenig ergiebig.

Die Entscheidungsgründe für die Abfassung eines Gesetzes in der vorliegenden Weise sind der Rechtsgrund. Da dieser - im Gegensatz zum richterlichen Urteil - nicht expressis verbis ausgesprochen wird, helfen uns die Auslegungsregeln, diesen zu errahnen oder gar nachzuvollziehen.

Der Rechtsgrund darf jedoch nicht nur darauf beschränkt werden, was sich der Gesetzgeber in Gestalt der handelnden Personen bei der Abfassung des Gesetzes gedacht hat, er muß auch dahingehend beantwortet werden, von welcher Art dieses spezielle Denken des Gesetzgebers gewesen ist, und inwieweit es sich von den handelnden Personen löst und zur ratio legis des Gesetzes wird.

Dies heißt, daß man die Frage beantworten muß, warum der Gesetzgeber eine bestimmte Interessenkollision in der vorliegenden Weise gelöst hat, und welcher Art die beteiligten Interessen sind, die von dem Gesetz einander zugeordnet werden.

2. Bewertung des Mitverschuldens

Bei dem Lebenssachverhalt, der dem § 254 Abs.1 BGB zugrunde liegt, stehen sich das Interesse des Geschädigten auf Restitution oder Kompensation seines Schadens und das Interesse des Schädigers auf Reduzierung seiner finanziellen oder persönlichen Belastung gegenüber.

Mit der Einführung des § 254 BGB hat der Gesetzgeber entschieden, daß die Rechtsordnung es nicht zulassen darf, daß der Schaden völlig auf den Geschädigten abgewälzt wird, wenn er unter Vernachlässigung eigener Interessen an seiner Herbeiführung mitgewirkt hat¹⁾, sein Anspruch gegen den Schädiger wird lediglich gekürzt. Dies empfinden wir heute als gerecht, während man früher den gänzlichen Wegfall des

1) vgl. auch Scholtz, S.21

Anspruches als billig angesehen hat.

Bevor der Frage nachgegangen werden soll, worauf unser Gerechtigkeitsdenken beruht, sollte man darüber nachdenken, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber sonst zur Verfügung gestanden hätten. Hier zeigt einmal die culpa-Kompensation einen Weg. Eine andere Möglichkeit wäre die gewesen, daß der Geschädigte auch bei schuldhafter Mitwirkung seinen Schaden von dem Geschädigten in vollem Umfang ersetzt bekommt. Schließlich hätte der Gesetzgeber aber auch den Geschädigten für sein mitwirkendes Verschulden bestrafen oder auch nur erziehen können.

Obengenanntes führt zu einer anderen Bewertung, als wenn man den Schädiger als den letztlich die Kausalkette in Gang Setzenden für den Schaden verantwortlich macht. Dies zeigt, daß ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Gewichtung der Interessen die Bewertung der Eigenschädigung ist.

3. Aufgabenbestimmung des Zivilrechts im Bereich der Haftung

Grundsätzlich will das Zivilrecht das Gleichgewicht der Güter erhalten¹⁾, d.h. die Bewahrung und den Ausgleich der Rechtsgüterzuordnung unter privaten Rechtssubjekten. Im Gegensatz zum Strafrecht steht nicht der menschliche Handlungsunwert im Mittelpunkt²⁾, sondern der dadurch herbeigeführte Erfolg.

Der Begriff der Rechtsgüterzuordnung erklärt sich im wesentlichen aus zwei Grundbegriffen. Einmal der Person als Rechtssubjekt, als Träger von Rechten und Pflichten³⁾ und zum anderen der dem Einzelnen zugewiesene Rechtskreis⁴⁾. Beide Begriffe ordnen die soziale Bindung und Bestimmung des Rechts.

1) vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S.83

2) vgl. BVerfGE 9, 167 (171); Maurach-Zipf, a.a.O., S.191

3) vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S.161

4) vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S.31

Für den Bereich der Haftung heißt dies, daß die darin entwickelten Grundsätze der Wahrung der Rechtsgüterzuordnung dadurch dienen, daß sie denjenigen, der diese Ordnung durch Verletzung der Integrität eines anderen stört, im Wege der Restitution oder Kompensation zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichten. Somit kennzeichnet die Wahrung der Rechtsgüterzuordnung bei der vorliegenden Ausgangslage das Interesse des Geschädigten¹⁾.

§ 254 BGB schränkt die allgemeinen Haftungsgrundsätze ein und tangiert damit den Grundsatz der Wahrung der allgemeinen Rechtsgüterzuordnung²⁾.

Wie eine Rechtsgemeinschaft die Rechtsgüterzuordnung regelt, bestimmt sich nach ethischen und sozialen Auffassungen.

Diese wirkt sich im formellen und materiellen Bereich aus. Wenn eine menschliche Gemeinschaft z.B. keine Gesetze kennt, so obliegt die Wahrung der Rechtsgüterzuordnung dem Einzelnen. Derjenige der bestohlen wird, muß sich sein Eigentum notfalls mit Gewalt selbst aus dem Gewahrsam des anderen zurückholen.

In unserer Rechtsgemeinschaft obliegt diese Aufgabe dem Staat. Es ist die Pflicht der von ihm bestellten Organe, die Rechtsgüterzuordnung zu wahren. Insoweit ist eine institutionelle Sicherung gegeben.

Die wesentliche Frage ist jedoch, nach welchen Grundsätzen eine Rechtsgemeinschaft die Rechtsgüterzuordnung wahrt, und worin sie das "Gleichgewicht der Güter" sieht. Je undifferenzierter eine Rechtsgemeinschaft dabei denkt, desto stärker wird sie lediglich einem einzelnen Rechtsprinzip überragende Bedeutung zukommen lassen und damit zum ausschließlichen Zurechnungskriterium machen.

1) vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S.83

2) vgl. Schäfer, S.92

Dies hat der Gesetzgeber im Falle des § 254 BGB jedoch nicht getan. Vielmehr zeigt die Rechtsfolge der Haftungs-
teilung, daß der Gesetzgeber unterschiedliche Prinzipien
zur Anwendung kommen ließ und damit einer verfeinerten
Auffassung gefolgt ist. Die Frage ist, von welchem Denken
sich der Gesetzgeber bestimmen ließ.

4. Zurechnungskriterien im Haftungsrecht unter Berücksichtigung des Mitverschuldens

Gesetzgebende Tätigkeit dient der Regelung menschlichen
Zusammenlebens. Dabei entspricht es dem Wesen unserer
Rechtsordnung, daß sie diese Regelung nach den Grundsätzen
der Gerechtigkeit will^{1) 2)}.

Die Frage bleibt also, welcher Art das Gerechtigkeitsdenken
ist, das in § 254 BGB Ausdruck gefunden hat.

Dem Gedanken der Wahrung der Rechtsgüterzuordnung ist der
Begriff der Sachzuständigkeit hinzuzustellen. Die Sachzu-
ständigkeit kennzeichnet die Zuordnung einer Sache in die
persönliche Rechtssphäre des Einzelnen³⁾.

Grundsätzlich gilt, daß derjenige den Schaden trägt, den
er trifft. Wir kennen dies unter dem Schlagwort des "casum
sentit dominus".

1) vgl. Radbruch, S.108

2) Dies ist insoweit keine Selbstverständlichkeit, als
es denkbar ist, die Regelung menschlichen Zusammen-
lebens z.B. unter ökonomischen Gesichtspunkten zu
ordnen. Dies hieße, daß Konflikte in der Weise gelöst
werden würden, die es der ökonomischen Effizienz ei-
ner Gesellschaft am dienlichsten wäre.

Andererseits könnte man auch - wobei dies auch von
einigen als gerecht empfunden wird - eine Gesell-
schaft z.B. im Haftungsrecht als eine Solidargemein-
schaft auffassen und dementsprechend die Haftung
- ähnlich wie in der Sozialversicherung - auf alle
verteilen.

3) vgl. Gernhuber in AcP 152, 76

Wenn ein anderer die Rechtsgüterzuordnung mißachtet und dementsprechend den Schaden eines anderen verschuldet, so erscheint die Wahrung dieses Prinzips beachtenswerter als die eigene Sachzuständigkeit. Nach unserer Rechtsauffassung ist eine derartige Bevorzugung gerechter, vor allem aber auch schützenswerter, weil die Beachtung der Rechtsgüterzuordnung für das Zusammenleben der Menschen von größerer Bedeutung ist. Schuldhafte Verursachung eines Schadens ist also gegenüber dem zufälligen Erleiden eines Schadens der bessere "rechtspolitische Zurechnungsgrund"¹⁾.

Beim Mitverschulden gilt dies nicht mehr. Jetzt steht der Mißachtung der Rechtsgüterzuordnung nicht mehr allein die reine Sachzuständigkeit gegenüber, vielmehr bekommt letztere eine weitere Qualität, als der Schaden als Folge eigener Nachlässigkeit erscheint. Dies hat jeder selbst zu tragen²⁾. Zur Sachzuständigkeit tritt somit ein weiterer Gesichtspunkt. Ich möchte dies als Handlungsverantwortlichkeit bezeichnen, wobei ich darunter verstehe, daß jeder die Folgen seines Handelns grundsätzlich selbst zu tragen hat.

Die Sachzuständigkeit, die im Hinblick auf den zufällig erlittenen Schaden als weniger dominantes Abwägungskriterium gegenüber der Mißachtung der Rechtsgüterzuordnung empfunden wird, verstärkt sich durch die obengenannte Handlungsverantwortlichkeit. Damit ist für Schädiger wie Geschädigten gleichermaßen eine Kollision mit Rechtsprinzipien gegeben.

1) so Huber in JuS 72, 442

2) vgl. Weidner, S.24

Der Unterschied ist jedoch, daß der Schädiger in fremden, der Geschädigte in eigenen Angelegenheiten nachlässig war. Nach unserem heutigen Rechtsempfinden werten wir letzteres als weniger gravierend, da unsere moderne Massengesellschaft mehr denn je gerade von der Rücksicht gegenüber dem anderen lebt. Je enger man zusammenrückt, je mehr man die Möglichkeit hat, über fremdes Vermögen zu disponieren oder auch nur darauf einzuwirken, je leichter es somit wird, den anderen zu verletzen oder zu schädigen, desto stärker muß eine Gesellschaft, die hiermit konfrontiert wird, die Achtung und Rücksicht gegenüber dem anderen als besonderes Rechtsgut gestalten.

Aus diesem Grund widerspreche ich der Ansicht, daß der mitwirkende Geschädigte im Grunde einer von mehreren Schädigern sei und dementsprechend wie ein Fremdschädiger behandelt werden müsse¹⁾. Eine derartige Gleichstellung ist unzutreffend, da an den Eigenschädiger im Gegensatz zum Fremdschädiger ein minderes oder gar kein Rechtsgebot geht. Der Gesetzgeber hat sich bei der Frage des Mitverschuldens nicht deshalb für die Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigten entschieden, weil der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Form zum Tragen kam, daß das Handeln des Schädigers und Geschädigten als konkurrierendes, und damit von seiner Qualität her gleich zu behandeln- des Verschulden anzusehen ist, sondern deshalb, weil die Schwere der Mißachtung der Rechtsgüterzuordnung von der Handlungsverantwortlichkeit und der Sachzuständigkeit aufgewogen wird. Nachlässigkeit in eigener Angelegenheit ohne das Prinzip der Sachzuständigkeit ist damit - soweit dies überhaupt denkbar ist - nicht der Mißachtung der Rechtsgüterzuordnung gleichzustellen. Bildhaft gesprochen, letzteres wiegt schwerer als die Nachlässigkeit in eigener Angelegenheit. Lediglich durch das Prinzip der Sachzuständigkeit wird die Waage ausgeglichen.

1) So aber unter vielen Venzmer, S.109,110; Blomeyer, S.181, der von konkurrierendem Verschulden spricht.

Als Ergebnis läßt sich somit für die konkrete Konfliktsentscheidung, die § 254 Abs.1 BGB trifft, ausführen, daß sich verschiedene Gesichtspunkte gegenüberstehen, wobei dies auf der einen Seite die Wahrung der Rechtsgüterzuordnung, sowie deren Mißachtung, und auf der anderen Seite Sachzuständigkeit und Handlungsverantwortlichkeit sind.

5. Bewertung der Zurechnungskriterien

Die Frage ist nun, in welcher Weise sich durch die Einführung des § 254 BGB in unsere Rechtsordnung eine unterschiedliche Gewichtung der obengenannten Gesichtspunkte zu der früheren Rechtsauffassung ergeben hat.

Die culpa-Kompensation erachtet die Tatsache der Sachzuständigkeit mit dem Umstand der Handlungsverantwortlichkeit als besseren Zurechnungsgrund für eine alleinige Haftung, als die Mißachtung der Wahrung der Rechtsgüterzuordnung, es sei denn, letztere sei in einer besonders krassen Weise erfolgt. Hinzu kommt, daß die culpa-Kompensationslehre den Gedanken der Teilung nicht kennt. Letzteres läßt den Schluß zu, daß die culpa-Kompensation - und dies entspräche auch begriffsjuristischem Decken - den Begriff der Sachzuständigkeit in einer besonderen Weise zur Grundlage ihrer Regelung macht. Dann letztlich ist es eine rigide Auffassung von Sachzuständigkeit, die eine Teilung der nachteiligen Folgen, die sich auf die betreffende Sache auswirken, nicht zuläßt.

Die Frage ist nun, ob mit der Einführung des neuen Rechtszustandes, ein Denken Ausdruck gefunden hat, das eine Schwächung des Gesichtspunktes der Sachzuständigkeit darstellt, oder ob nicht vielmehr die Handlungsverantwortlichkeit in eigenen Angelegenheiten eine günstigere Beurteilung zu der Handlungsverantwortlichkeit in fremden Angelegenheiten, also der Mißachtung der Wahrung der Rechtsgüterzuordnung, gefunden hat.

Hier ist es die historische Auslegung, die uns m.E. einen Anhaltspunkt liefert. Insbesondere die Tatsache, daß sich z.B. Schiffs- und Handelskreise für eine entsprechende Vorschrift in dem Handelsgesetzbuch engagiert haben¹⁾ zeigt, daß es der Begriff der Sachzuständigkeit gewesen ist, der Ansatz für eine veränderte Auffassung war.

Dem entspricht auch der historische Hintergrund anderer Kodifikationen, die vor dem BGB den Gedanken der Schadens- teilung aufgenommen haben. Das ABGB Österreichs versuchte nicht zuletzt auch den wirtschaftlichen und sozialen Zie- len der neuen Zeit Rechnung zu tragen²⁾ und löste sich insbesondere auf dem Gebiet des Schadensersatzrechtes vom römischen Recht^{3) 4)}. Wenn das römische Recht nicht mehr dem Zeitgeist entsprach und dessen Gefühl von Billigkeit, so muß man sich fragen, worin dieser Wandel historisch be- ruht. M.E. steht dies in Verbindung mit der veränderten Auffassung des Wirtschaftsdenkens. Während im 18. Jahrhun- dert die Wirtschaftsordnung noch autoritär gelenkt wurde, setzte sich im 19. Jahrhundert die liberale Auffassung durch⁵⁾. Das liberale Programm verkündete eine neue Ge- rechtigkeit im Sinne eines gleichen Rechts auf Betätigung im wirtschaftlichen Leben. Dementsprechend war das Eigen- tum auch nicht mehr Zuordnung durch staatliche, bzw. fürstliche Bevormundung, sondern Bestandteil einer Ordnung,

1) wie oben auf S. 23 dargestellt.

2) vgl. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Österreichs, S.2

3) vgl. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Österreichs, S.4

4) vgl. auch die "denkwürdige Anleitung", die Kaiserin Maria Theresia der Gesetzgebungskommission gab: "... 4) ... soll man sich nicht an die römischen Gesetze binden, son- dern überall die natürliche Billigkeit zu Grunde legen" - auf S. 7 des Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Ge- setzbuch Österreichs,

5) vgl. Zycha, S.286

die in der Gewährleistung individueller Wirtschaftsrechte ein optimales Mittel zur Erreichung gesamtökonomischer Interessen sah¹⁾.

Dieser Strömung folgten auch die Kodifikationen der damaligen Zeit, insbesondere aber auch das österreichische ABGB²⁾.

Die neue Zeit brachte folglich eine veränderte Auffassung des Eigentums und somit auch des Begriffes der Sachzuständigkeit.

Einer der Gründe liegt darin, daß man zu dieser Zeit begann, das dem Einzelnen zugeordnete Rechtsgut nicht mehr als etwas seiner alleinigen Disposition Unterliegendem zu begreifen sondern vielmehr darin auch ein Wirtschaftsgut zu sehen. Das Eigentum an einer Sache dient nicht allein der Verwirklichung dessen, dem sie zugeordnet ist, sondern es tritt auch in einen Kontakt nach außen und ist geeignet, seinem Inhaber die gesellschaftliche und wirtschaftliche Effizienz zu geben, die im Interesse der Gesamtordnung von dem Betreffenden gefordert wird. So bedeutet Eigentum an einem Auto nicht nur Selbstverwirklichung des Einzelnen, sondern auch die Disposition über ein Verkehrsmittel, dessen Nutzung im Interesse der Allgemeinheit liegt. Derjenige, der mit seinem Lkw oder seinem Frachtschiff Güter transportiert, dient nicht nur seinem eigenen wirtschaftlichen Wohl, sondern auch der gesamten Wirtschaftsordnung. Die Gesundheit des Einzelnen, ist nicht nur ausschließlich für ihn selbst von Bedeutung, sondern auch für andere, von seiner Familie bis zur Versicherungsgemeinschaft.

Wenn nun der Einzelne eine Sache nicht nur in seinem eigenen, sondern mittelbar auch im Interesse anderer verwaltet, ist es nur gerecht, wenn man ihm unter bestimmten Voraussetzungen von nachteiligen Ereignissen in bezug auf diese Sache freistellt. Die Sachzuständigkeit hat somit im Ver-

1) vgl. Zycha, S.287

2) vgl. Zycha, S.313

gleich zur früheren Rechtsauffassung eine andere Bedeutung bekommen. Sie ist nicht mehr in dem Maße für ihren Inhaber verpflichtend, wie dies bei dem früheren Rechtszustand der Fall gewesen ist.

Es wird nicht verkannt, daß es erforderlich wäre, das Ergebnis der obigen Ausführungen umfassend zu untersuchen. Dies kann an dieser Stelle nicht geschehen. Es kann jedoch festgehalten werden, daß sich innerhalb der obengenannten Gesichtspunkte eine grundsätzliche Verschiebung der Beurteilung ihrer Bewertung ergeben hat, als deren Folge die Kodifizierung des § 254 BGB zu sehen ist.

Es sollte jedoch denen, die in § 254 BGB eine Belastung des Geschädigten sehen, in Erinnerung gerufen werden, daß die Einführung des § 254 BGB für den Geschädigten - soweit er den Schaden in nicht nur unbedeutender Weise mitverursacht hat - eine Erweiterung seiner Rechte darstellte. Während er nach dem früheren Rechtszustand bei eigener Nachlässigkeit keinen Schadenersatz bekam, bestimmt nunmehr das Gesetz, daß auch in diesem Fall der Schädiger aus seiner Haftung nicht entlassen wird. Damit hat der Gesetzgeber durch die Einführung des § 254 BGB im Vergleich zum früheren Rechtszustand eine Interessenabwägung zugunsten des Geschädigten vorgenommen. Das Bemerkenswerte am § 254 Abs.1 BGB zum früheren Rechtszustand ist nämlich nicht, daß sich der Geschädigte bei eigener Nachlässigkeit eine Reduzierung seines Schadensersatzes gefallen lassen muß, sondern vielmehr, daß der Schädiger auch bei eigener Nachlässigkeit des Geschädigten - sei sie noch so gravierend - einen Teil des von ihm verursachten Schadens zu kompensieren hat.

6. Der Rechtsgedanke

Allgemein formuliert bedeutet dies, daß der Rechtsgedanke des § 254 Abs.1 BGB der ist, daß es gerecht sei, die negativen Folgen beiderseits zurechenbaren Verhaltens auf diejenigen zu verteilen, die Anlaß zur entsprechenden Zurechnung gegeben haben, auch wenn diese für eine der Parteien als dichter und konkreter anzusehen ist.

Dies bedeutet für die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB, daß man sich im jeweiligen Fall vergegenwärtigen muß, ob der entsprechende Konflikt in irgendeiner Weise den Beteiligten zuzurechnen ist, und ob diese Anlaß für diese Zurechnung gegeben haben. Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, daß sich die Zurechenbarkeit unmittelbar auf die Voraussetzungen der entsprechenden Rechtsnorm, bzw. des Rechtsinstitutes erstrecken muß.

K A P I T E L III

Die Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

§ 8 Beispiel der Gefährdungshaftung

Die oben vertretene Ansicht, daß der zentrale Zuordnungsgesichtspunkt bei dem Geschädigten die Tatsache seiner Sachzuständigkeit ist, bestätigt m.E. die herrschende Meinung zur Frage der Anwendung des § 254 Abs.1 BGB bei der Gefährdungshaftung.

Die Rechtsprechung hat schon früh¹⁾ eine bei der Schadensentstehung mitwirkende Betriebsgefahr dem "Verschulden" des § 254 Abs.1 BGB gleichgestellt. Dies hat sie jedoch nicht im Wege der Auslegung, sondern über die Analogie bewirkt. Die Rechtsprechung führt aus, daß ähnlich wie die Gefährdungshaftung eines Schädigers durch ein Fehlverhalten des Verletzten nicht völlig beseitigt werden könne, es die Billigkeit erfordere, daß gegenüber einer Verschuldenshaftung eine anderweitig begründete gesetzliche Verantwortlichkeit zu einer Abwägung nach § 254 Abs.1 BGB führe²⁾.

Eine unmittelbare Anwendung des Gefährdungsgedankens auf § 254 Abs.1 BGB ist von dessen Wortlaut her - wie bereits ausgeführt - nicht geboten. Das Halten eines Tieres, eines Kfz oder der Betrieb einer Schienenbahn ist nicht deshalb einer Haftung ausgesetzt, weil es die eigenen Rechtsgüter des Halters gefährdet, sondern weil es für andere eine Gefahrenlage schafft³⁾. Die Rechtsprechung hat dennoch als Zurechnungsgrund im Rahmen des § 254 Abs.1 BGB auch die Gefährdungstatbestände angesehen⁴⁾. Die analoge Anwendung rechtfertige

1) vgl. RGZ 67, 120 ff.

2) vgl. BGHZ 6, 319 ff.; BGHZ 56, 57 (65)

3) vgl. Weidner, S.29

4) vgl. RGZ 67, 120 ff.

sich daraus, daß es folgerichtig sei, daß das erst recht für den Geschädigten gelte, was man sich als Schädiger zu rechnen lassen müsse. Derjenige, der sich die Betriebsgefahr seines Fahrzeuges als Haftungsgrund anrechnen lassen müsse, soll nicht schlechter behandelt werden, als derjenige, der mit seinem Fahrzeug in einem von einem anderen verschuldeten Unfall verwickelt wird. Dabei geht man so vor, daß man prüft, ob sich die spezielle Gefahr, die normalerweise gegen die Rechtsgüter anderer gerichtet ist, in derselben oder in einer ähnlichen Weise bei der Schadensentstehung gegen den Träger des verletzten Rechtsgutes selbst wendet¹⁾.

Dies zeigt, daß der wesentliche Zurechnungsgrund für die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf seiten des Geschädigten die Sachzuständigkeit ist. Die Tatbestände der Gefährdungshaftung knüpfen im wesentlichen an die Sachzuständigkeit an. Eine Handlungsverantwortlichkeit kommt hierbei nicht in Betracht, da die Tatbestände der Gefährdungshaftung darauf nicht abstellen. Die Frage der eigenen Nachlässigkeit muß somit nicht gestellt werden.

Wenn die Rechtssprechung und herrschende Meinung einer Verschuldenshaftung des Schädigers einen Gefährdungstatbestand auf seiten des Geschädigten entgegensetzen, so stehen sich hier Mißachtung der Wahrung der Rechtsgüterzuordnung und Sachzuständigkeit gegenüber. Die analoge Anwendung in der vorliegenden Weise zeigt, daß die herrschende Meinung auch dann bereit ist, den § 254 Abs.1 BGB anzuwenden, wenn sich bereits zwei der die Interessenlage kennzeichnenden Gesichtspunkte gegenüberstehen. Dies bestätigt m.E. das oben gewonnene Ergebnis, daß eine Haftungsverteilung bereits dann eintreten soll, wenn in irgendeiner Form ein Zurechnungsgrund für die Beteiligten gegeben ist.

1) vgl. Weidner, S.35

§ 9 Allgemeines

Bereits oben wurde ausgeführt¹⁾, daß § 254 Abs.1 BGB nach übereinstimmender Ansicht einen Rechtssatz allgemeinen Charakters enthält, der eine Anwendung auf rechtsähnliche Verhältnisse verträgt²⁾.

Man könnte jedoch der Ansicht sein, daß keine Notwendigkeit besteht, § 254 Abs.1 BGB analog auf andere Rechtsinstitute anzuwenden, sei es, weil sie bereits eine Regelung enthalten, sei es, weil andere Vorschriften wie die §§ 138, 242 oder 826 BGB bereits in ausreichender Weise die entsprechenden Interessengegensätze geregelt haben.

Zum ersten wird es notwendig sein, im einzelnen die Existenz anderer Normen zu sichten. Dort wo bereits Regelungen bestehen, ist die Analogie unzulässig. Hier soll eine Untersuchung des Einzelfalles Aufschluß bringen.

Im Hinblick auf die obengenannten Vorschriften ist keine, die die Frage der Haftungsverteilung spezieller regelt, als dies § 254 BGB tut. Andererseits gibt es auch keine Vorschrift im BGB, die eine andere Interessenwertung bei der Haftungsverteilung gibt als § 254 Abs.1 BGB. Infrage kommen lediglich die Vorschriften des BGB, die ein zurechenbares Verhalten des Betroffenen zu einem völligen Ausschluß des Anspruches führen lassen, wie die §§ 121, 179 u.a. BGB. Da diese jedoch auch nur innerhalb bestimmter Rechtsgebiete genannt sind, ist ihre Anwendung auch nur im Wege der Analogie denkbar, so daß sie allenfalls im konkreten Fall mit der analogen Anwendung des § 254 Abs.1 BGB konkurrieren.

1) vgl. S. 13 der vorliegenden Arbeit

2) so auch OLG München in HRR 41, 1006

Die Analogiefähigkeit des § 254 Abs.1 BGB zeigt sich letztlich in der konkreten Anwendung¹⁾.

Dem dienen die folgenden Ausführungen.

§ 10 Einzelfälle der analogen Anwendung

A. Im BGB

I. Beim Zustandekommen des Vertrages - Vertretung -

1. Beim Zustandekommen des Vertrages sind unterschiedliche Konfliktsituationen denkbar, die in der täglichen Rechtsanwendung häufig auftreten. Es kommen Verträge zustande in einer Form, die von mindestens einem der Beteiligten so nicht gewollt war (Irrtum, Täuschung). Sie kommen überhaupt nicht zustande (gesetzliches Verbot, Formvorschrift), obwohl beide Parteien dies wollten. Ein Vertragsschluß scheitert, weil eine Mitwirkungshandlung verspätet oder nicht in der richtigen Form vorgenommen wurde. Schließlich besteht die Möglichkeit, daß man sich als Vertragspartner gegenübersteht, obwohl man dies überhaupt nicht oder in dieser Form nicht wollte (Vertretung, Schlüsselgewalt).

- 1) Nicht untersucht werden hierbei Fälle, die in den Kommentierungen als Beispiel für die entsprechende Anwendung genannt werden, da es sich im Grunde um Fälle der direkten Anwendung handelt; so Staudinger-Werner, Nr.20 zu § 254 für verspätetes Zugehen einer Willenserklärung (dies ist ein Fall des c.i.c. und somit eine Frage des Schadensersatzes); so Staudinger-Werner, § 254 Nr.23 für Verletzung der Mitteilungspflicht auf Grund der Gewerbesteuerausgleichsbestimmungen (dies ist eine Frage des Schadensersatzes); so Erman-Sirp, § 254 Nr.5 für § 701 BGB; §§ 997, 989, 990 (auch Fälle einer direkten Anwendung).

In jedem Fall liegt ein Ergebnis vor, das zumindest von einer Seite als Nachteil empfunden wird. Die Frage ist, ob man diesen Nachteil zu einer gewissen Quote an die Gegenseite abgeben kann. Dies soll anhand des Rechtsinstituts der Vertretung überprüft werden.

Dem BGH¹⁾ lag - vereinfacht wiedergegeben - nachfolgender Fall zur Beurteilung vor:

Der Kläger klagte als Wechselinhaber gegen den Aussteller, Akzeptanten und Indossanten des Wechsels. Die Ausstellerin trug vor, daß ihr Prokurist bei der Unterzeichnung des Wechsels seine Vollmacht mißbraucht habe. Der Kläger habe dabei arglistig mitgewirkt oder jedenfalls den Mißbrauch fahrlässig nicht erkannt.

Grundsätzlich kann sich ein Dritter auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht dann nicht berufen, wenn der Vertreter bewußt zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat und dies dem Dritten in schuldhafter Weise nicht bekannt geworden ist²⁾. Wenn allerdings der Mißbrauch der Vertretungsmacht nur deshalb zustande kommen konnte, weil der Vertretene die gebotene Kontrolle des Kunden unterlassen hat, dann besteht das Problem, ob die sich aus dem Vollmachtsmißbrauch ergebenden Nachteile auch in diesem Fall den Vertragsgegner ganz zur Last fallen sollen, obwohl der Vertretene die Gebote des eigenen Interesses im Rechtsverkehr außer Acht gelassen hat, indem er die ihm zumutbaren Kontrollmaßnahmen gegenüber seinem Vertreter unterlassen hat.

Im Gesetz ist dieser Fall nicht ausdrücklich geregelt.

Der BGH³⁾ sieht das Problem als Anwendungsfall des § 242 BGB und führt aus, daß der Rechtsgedanke des

1) vgl. BGHZ 50, 112

2) vgl. BGH in WM 60, 612; Schlegelberger-Gessler, § 126 Anm. 22

3) BGHZ 50, 112

des § 254 BGB, der nur eine besondere Ausprägung des Gedankens von Treu und Glauben sei, dazu führen müsse, die nachteiligen Folgen des Geschäfts in einem solchen Fall auf den Vertretenen und dem Vertragspartner nach Maßgabe des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens zu verteilen.

Mit dieser Aussage hat der BGH sein methodisches Vorgehen nicht deutlich gemacht. Es bleibt die Frage, ob hier nur ein Anwendungsfall des § 242 BGB vorliegt - als direkte Anwendung -, und § 254 Abs.1 BGB nur bei der Frage der Abwägung zu Hilfe genommen wird, oder ob § 254 Abs.1 BGB die Einstiegsnorm bzw. Eröffnungsnorm zu diesem Problem ist.

2. Festzustellen ist zunächst, daß die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhen, die der exceptio doli entnommen werden^{1) 2)}. Die Rechtssprechung des Reichsgerichts folgert die exceptio doli aus dem § 826 BGB; im Falle der Kollusion aus den §§ 826, 853 BGB.

Andere³⁾ ordnen den Mißbrauch der Vertretungsmacht direkt in das Recht der Stellvertretung ein und sagen, daß die Verselbständigung der Vertretungsmacht dort ihr Ende finde, wo die Verletzung der Pflichtbindung durch den Vertreter beginne, sofern der Geschäftsgeg-

1) vgl. BGH in WM 66, 491

2) In Fortsetzung der Rechtssprechung zum gemeinen Recht (RGZ 15, 206 ff) entschied das RG schon 1902 (RGZ 52, 96 ff), es folge "aus dem Begriff und der Rechtsnatur der Vollmacht, daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären darf, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspricht, daß der Bevollmächtigte aus solcher Willenserklärung keine Rechte gegen den Machtgeber herleiten kann und ebensowenig der Dritte, der den abweichenden Willen des Machtgebers weiß und erkennen kann, daß die Vollmacht gemißbraucht wird".

3) so Kipp, Reichsgerichtspraxis S.273 ff.; Flume, Allg. Teil des BGB, II.Bd., S.789

ner den Mißbrauch kenne, oder er für ihn evident sei. In diesem Falle handle der Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Wenn nun zwar keine Vorschrift direkt den Fall regelt, den der BGH¹⁾ entschieden hat, so gibt es im Recht der Stellvertretung Vorschriften (nämlich die §§ 173, 179 Abs.3 BGB), die für den Fall eigener zurechenbarer Gründe zu einem völligen Verlust der Rechtsposition führen. Die Frage ist, ob der Rechtsgedanke, der hinter diesen Normen steht, nicht besser auf die gemeinsame Herbeiführung der Nachteile des Mißbrauchs der Vertretungsmacht paßt.

Grundsätzlich muß sich der Vertretene die Handlungen des Vertreters zurechnen lassen; dies gilt nicht bei erkennbarem Mißbrauch der Vertretungsmacht. Wenn nun der Mißbrauch der Vertretungsmacht von dem Betroffenen schuldhaft mitverursacht wurde, dann müßte - wenn man obigen Grundsätzen folgt - die wirksame Vertretung wieder aufleben. Dieses Ergebnis ist unbillig und widerspricht auch dem Rechtsgedanken der §§ 173, 179 Abs.3 BGB. Der Geschäftsgegner soll auf die Wirksamkeit der Vertretung vertrauen können. Sobald er jedoch weiß oder wissen müßte, daß die Vertretung in dieser Form nicht erfolgen sollte, dann besteht kein Grund, sein Vertrauen zu schützen, weil er ein solches gar nicht gehabt hat.

Hier liegt der Fall jedoch anders. Es liegt ein Mangel in der Vertretungsmacht vor, der von beiden Seiten zu vertreten ist.

Dabei muß man unterscheiden:

- die Frage der wirksamen Stellvertretung selbst,
- die Frage, wer die nachteiligen Folgen durch den Mißbrauch der Vertretungsmacht trägt.

1) in BGHZ 50, 112

Soweit es um die Frage der wirksamen Stellvertretung geht, kann auch im Falle eigener Nachlässigkeit des Vertretenen nichts anderes gelten, als wenn nur der Vertragsgegner den Mißbrauch allein kennt. In jedem Fall ist die Vertretung unwirksam, wenn diejenigen, dessen Schutz beabsichtigt ist, den Mißbrauch erkennen. Hier besteht kein Grund zu einer Teilung, denn entweder ist die Stellvertretung wirksam oder sie ist unwirksam. Ein Drittes gibt es nicht. Aus diesem Grund ist hier die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nicht denkbar, so daß eine entsprechende Lücke nicht besteht.

Anders ist es jedoch, wenn durch den Mißbrauch der Vertretungsmacht nachteilige Folgen entstanden sind; so wenn der Vertretene wie im vorliegenden - vom BGH entschiedenen - Fall mißbräuchlich Wechsel unterzeichnet hat. Wenn nun dem Inhaber des Wechsels eine grobe Nachlässigkeit im Nichterkennen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht vorzuwerfen ist und dem Aussteller grobes Unterlassen in der Kontrolle, z.B. - wie hier - ihres Prokuristen, so haben beide Seiten einen Nachteil herbeigeführt, wobei die Frage entsteht, wer den Nachteil zu tragen hat.

3. Hier bietet lediglich § 254 Abs.1 BGB eine Aussage, die eine Teilung möglich macht. Man könnte zwar direkt über § 242 BGB einen Weg der Teilung finden, dann müßte man jedoch aus dieser Vorschrift ein völlig neues Rechtsinstitut entwickeln, das sich letztlich auch nur an bereits vorhandenen Regelungen orientieren würde. Für die Frage der Teilung sieht jedoch das BGB die Vorschrift des § 254 BGB vor.

Es besteht jedoch die Möglichkeit, daß hier ein direkter Fall des § 254 Abs.1 BGB gegeben ist, nämlich dann, wenn der Vertretene dem Geschäftsgegner Schadensersatz schuldet. In einem solchen Fall kann sich eine derarti-

ge Verpflichtung nur auf Grund vertraglicher Ansprüche ergeben. Da aber gerade die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht verhindert haben, daß ein Vertrag zustandekommt, kommt lediglich das Institut der culpa in contrahendo in Betracht.

Der Grund für die Verpflichtung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo liegt darin, daß das in Anspruch genommene Vertrauen¹⁾ von seiten des Verpflichtenden nicht erfüllt wurde. Derjenige jedoch, der den Mißbrauch der Vertretungsmacht kennt oder kennen muß, hat einen derartigen Schutz seines Vertrauens, soweit es sich überhaupt gebildet hat, nicht verdient.

Schadensersatzansprüche sind demnach nicht gegeben.

Damit ist festzustellen, daß eine direkte Anwendung des § 254 BGB nicht in Frage kommt, und daß - wie oben bereits ausgeführt - das Vertretungsrecht auch keine Vorschriften vorsieht, die einen derartigen Konfliktfall regeln.

4. Es stellt sich nun das Problem, ob hier eine Lücke gegeben ist. Es wurde bereits darauf hingewiesen²⁾, daß die Denkweisen der Lückenfeststellung und der Lückenausfüllung im wesentlichen übereinstimmen. Ob im Vertretungsrecht eine Lücke gegeben ist, soll gleich mit der Frage einer möglichen analogen Anwendung des § 254 Abs.1 BGB verbunden werden.

Die Analogie ist dann möglich, wenn die Fälle des § 254 Abs.1 BGB und der hier angesprochenen rechtsähnlich sind. In § 254 Abs.1 BGB liegt ein Schaden vor. Dies ist auch im vorliegenden Fall gegeben, da jedoch dem Begriff des Schadens im Sinne des § 254 BGB eine bestimmte Bedeutung zukommt, ist es besser, von nachteiligen Folgen eines Rechtsgeschäftes zu sprechen³⁾.

1) vgl. Ballerstedt in AcP 151, 507

2) auf Seite 2 der Arbeit

3) so auch BGHZ 50, 115

Der § 254 Abs.1 BGB sagt aus, daß derjenige, der an einem Schaden ursächlich und vorwerfbar mitgewirkt hat, von vornherein nur einen gekürzten Anspruch besitzt. Im konkreten Fall haben zwar beide Seiten in vorwerfbarer Weise den Nachteil auf ihre Weise herbeigeführt, jedoch ist der Anspruchsweg ein anderer. Bei § 254 Abs.1 BGB geht es um den Anspruch des Geschädigten, der diesem auf Grund einer gesetzlichen Haftungsvorschrift zusteht. Hier dagegen hat der Geschäftsgegner deshalb keinen Anspruch, weil er den Vertretungsmissbrauch gekannt hat. Nach der vorliegenden Problemstellung geht es also darum, ihm - wenigstens teilweise - wieder einen Anspruch zu gewähren, weil der Vertretene seine Kontrollpflicht nur ungenügend erfüllte. Während also im Schadensersatzrecht § 254 Abs.1 BGB einen gegebenen Anspruch kürzt, würde er im vorliegenden Fall die Wirkung haben, daß er einen entfallenen Anspruch teilweise wieder an den Betroffenen zurückgibt.

§ 254 Abs.1 BGB soll keine eigene Anspruchsgrundlage darstellen¹⁾. Würde man eine solche Rechtswirkung annehmen, dann liefe dies daraus hinaus, daß der Geschädigte einen Anspruch aus der entsprechenden Haftungsnorm besitzt, der Schädiger einen solchen aus § 254 Abs.1 BGB, und daß man im Wege der gegenseitigen Aufrechnung zum richtigen Ergebnis kommt. Dies widerspricht jedoch der systematischen Einordnung des § 254 BGB. Letzterer regelt lediglich die Rechtsfolgen; insoweit ist sein Platz im Gesetz eindeutig.

Dies zeigt, daß der gegebene Konfliktfall durch § 254 Abs.1 BGB nicht gelöst werden kann. Wenn damit auch bewiesen ist, daß § 254 Abs.1 BGB hier keine analoge Anwendung finden kann, so besagt dies nicht, ob nicht dennoch eine Lücke gegeben ist, die durch eine andere Vorschrift ausgefüllt werden kann.

1) RGZ 57, 87 (89)

M.E. ist eine Lücke nicht gegeben, weil kein Bedürfnis zur Schadensteilung gegeben ist. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Vertretene noch so sorglos bei der Kontrolle seines Vertreters ist.

Dieses Ergebnis ist sicherlich unstreitig, wenn Vertreter und Geschäftsgegner kollusiv zusammengewirkt haben. In einem solche Fall besteht kein Bedürfnis nach Schadensteilung.

Aber auch in dem Fall, wo dem Geschäftsgegner auf Grund grober Fahrlässigkeit verborgen bleibt, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, und andererseits der Vertretene den Vertreter grob fahrlässig unzureichend kontrolliert, entspricht es nicht dem Wesen der Stellvertretung, eine Teilung der negativen Folgen vorzunehmen. Derjenige, der sich eines Vertreters bedient, soll sich später gegenüber dem Geschäftsgegner nicht darauf berufen können, daß er für dessen Erklärung keine Verantwortung übernimmt. Er muß sich also grundsätzlich die Willenserklärung des Vertreters zurechnen lassen. Dies kann für den Vertretenen weitgehende Folgen haben, das Gesetz weicht jedoch im Interesse der Klarheit und Sicherheit des Wirtschaftsverkehrs nicht davon ab. Derjenige, der seine Geschäfte nicht selbst tätigt, sondern sich eines Vertreters bedient, soll auch für die Folgen dieser Entlastung eintreten. Das Gesetz gibt die Möglichkeit, Willenserklärungen durch andere abzugeben, entscheidet sich dafür im Hinblick auf den Interessenkonflikt, den dies im Bezug auf die Sicherheit mit sich bringt, zu Gunsten des Geschäftsgegners¹⁾. Der Vertrauensgrundsatz im Wirtschaftsverkehr ist ein unverzichtbarer Garant für einen effizienten Verlauf vertraglicher Beziehungen.

1) vgl. auch Tempel, S.221

Dabei macht das Gesetz keine Unterschiede. Derjenige, der besonders wirksam kontrolliert, mag tatsächliche Vorteile besitzen, rechtliche Bevorzugung gewährt ihm das Gesetz nicht. Auch er muß für die Willenserklärungen seines Vertreters die Verantwortung übernehmen, wenn sich diese über die Beschränkungen des Innenverhältnisses hinwegsetzen. Der einzige Schutz, den ihm Rechtsprechung und Lehre geben, ist, daß sich bei offensichtlichem Mißbrauch der Vertretene die Erklärung des Vertreters nicht zurechnen lassen muß.

So wie es dem Gesetz gleichgültig ist, wie gut der Vertretene seinen Vertreter überwacht, so ist ihm zunächst einmal auch gleichgültig, wie schlecht er ihn bewacht. Mag dies vielleicht irgendwelche Schadensersatzansprüche nach sich ziehen, im Rahmen der vertraglichen Vertretung¹⁾ zählt lediglich die Tatsache der Vertretung selbst. Dies ist konsequent. Die Vertretungsvorschriften honorieren weder dem Sorgfältigsten seinen Aufwand, noch lasten sie dem Nachlässigen seine mangelnde Kontrolle an. Dies umso weniger, als der Konflikt eindeutig geregelt ist.

Für den gegebenen Konfliktfall liegt somit eine Lücke nicht vor, einmal deshalb nicht, weil die unmittelbare Wirkung der Vertretung nicht geteilt werden kann, zum anderen aber auch deshalb nicht, weil die Nachteile von demjenigen zu tragen sind, in dessen Person sich die Zurechnungsgründe der Rechtsscheinswirkung bzw. fehlenden Rechtsscheinswirkung verwirklichen.

1) anders im Deliktsrecht, das den Entlastungsbeweis kennt.

II. Erfüllungsansprüche

1. Allgemeiner Erfüllungsanspruch

- a) Erfüllung ist Bewirkung der Leistung (§ 362 Abs.1 BGB). Darunter ist nicht nur die Leistungshandlung des Schuldners, sondern, soweit der Schuldner darüberhinaus einen Erfolg herbeizuführen hat, auch die Herstellung des Leistungserfolges zu verstehen¹⁾. Erfüllung meint demnach ausschließlich die Befriedigung des Leistungsinteresses des Gläubigers²⁾. Der Erfüllungsanspruch rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß Parteien von Vertrags- oder Gesetzeswegen in einen engen sozialen Kontakt³⁾ getreten sind, den sie durch Erbringung des finalen Leistungsprogramms⁴⁾ wieder beenden.

Die Möglichkeiten der denkbaren Erfüllungsansprüche sind weitreichend. In jedem Falle gehört die Erfüllung einer vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtung zu den wesentlichsten Vorgängen in unserem Rechtsleben überhaupt.

Die Frage ist, ob hier für die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB Platz ist.

Ein Beispiel soll die Problematik verdeutlichen.

Der A leiht dem B Geld, obwohl er weiß, daß dieser keine Sicherheiten bietet und sich mit dem geliehenen Geld auf ein höchst unsicheres Geschäft einläßt. Dieses platzt dann auch. Kann nun B dem Rückzahlungsanspruch des A entgegensetzen, daß er mit der Verleihung von Geld an ihn im höchsten Maße gegen sein eigenes Interesse verstoßen habe?

1) vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band, S.172

2) vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht Allg.Teil, Bd.1, Teilband 1, S.179

3) so Esser-Schmidt, Schuldrecht Allg.Teil, Bd.1, Teilband 1, S.179

4) so Esser-Schmidt, Schuldrecht Allg.Teil, Bd.1, Teilband 1, S.179

b) Es gibt keine allgemeine Norm, die eine Teilung des Erfüllungsanspruches vorsieht¹⁾. Inwieweit den speziellen Vorschriften²⁾ eine weitere Bedeutung zukommt, soll einer späteren Untersuchung vorbehalten bleiben. Damit fehlt eine entsprechende Regelung, so daß man zunächst einmal von einer Lücke ausgehen könnte.

Es gibt im Gesetz jedoch auch ein beredtes Schweigen³⁾. In diesen Fällen hat der Gesetzgeber die betreffende Fallkonstellation durchaus gesehen, er wollte sie aber nicht regeln, oder aber es ergibt sich aus dem Gesamtsystem, daß hier eine Regelung nicht angemessen ist. Ob eine Lücke vorliegt, ist vom Standpunkt des Gesetzes selbst zu beurteilen, der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht, der mit ihr verfolgten Zwecke, des "gesetzgeberischen Plans"⁴⁾.

Bei der Frage, ob eine Lücke vorliegt, hilft uns die Rechtsprechung zur Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB wenig weiter. In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes⁵⁾ heißt es, § 254 BGB gelte bei Schadensersatzansprüchen und in gesetzlich nicht geregelten Fällen beiderseitigen Verschuldens, das gegenseitig abzuwägen sei.

In einer Entscheidung des Reichsgerichtes⁶⁾ wird die entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf Erfüllungsansprüche ohne Begründung abgelehnt. Hier heißt es lediglich, § 254 BGB gelte nur bei Schadensersatzansprüchen.

-
- 1) Mit Ausnahme natürlich des § 254 BGB, da Schadensersatzansprüche letzten Endes auch Erfüllungsansprüche sind.
 - 2) z.B. § 615 Satz 2, § 522 BGB
 - 3) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.354
 - 4) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.358
 - 5) bei BGHZ 25, 310
 - 6) bei RGZ 141, 290

Auch in der Literatur finden sich hierzu keine Angaben. Allein bei der Frage des Lohnanspruches¹⁾ wird auf diese Problematik eingegangen.

Die Frage ist, ob der Plan des Gesetzes für den Erfüllungsanspruch eine Teilung vorsieht. Entspricht es dem Grundgedanken der gesetzgeberischen Absicht über das Wesen der Erfüllungsansprüche, daß B dem A nur noch den halben Darlehensbetrag schuldet.

Mit dem Begriff der "Erfüllung" verbindet gemeinhin nicht nur der Laie, sondern auch der Jurist in erster Linie die materiell-rechtliche Wirkung der Schuldauflösung²⁾. Eine Schuld kann nur in der Form aufgehoben werden, in der sie entstanden ist. Es ist hier nicht notwendig, auf die dogmatische Diskussion zum Erfüllungsanspruch einzugehen, da man sich in oben gemachter Aussage weitgehend einig ist.

Die Verpflichtung zur Leistung bestimmt sich danach, was Inhalt des Schuldverhältnisses zwischen den Parteien ist (§ 241 BGB). Wenn ein bestimmter Vertragsinhalt entstanden ist, so entspricht dem auch die Erfüllung, d.h. die Erfüllungsverpflichtung entspricht der Verpflichtung aus dem Vertrag.

In unserem Beispiel hieße das, daß nicht der Erfüllungsanspruch geteilt, sondern schon der Vertrag nur unter der entsprechenden Maßgabe entstanden wäre.

Dies widerspricht jedoch dem herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Grundsätzlich können die Parteien vereinbaren, was sie wollen, ihre Motive sind dabei ohne rechtliche Bedeutung. Ein besonders unvernünftiges Rechtsgeschäft wird von dem Gesetz genauso wenig gerügt, wie ein besonders ausgefeiltes seine Anerkennung erfährt. Falls ein Schuldverhältnis entstanden ist und

1) dazu unten S. 168

2) vgl. Jakisch in Jherings Jahrbücher 68, 292

auch nicht durch eine gesetzliche Vorschrift unwirksam ist oder wird, ist es innerhalb unserer Rechtsordnung mit anderen Schuldverhältnissen gleichberechtigt. Dies zeigt, daß für die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf Erfüllungsansprüche schon aus domatischen Gründen kein Raum ist. Eine Teilung ist begrifflich nicht denkbar, der oben dargestellte Beispielsfall beschäftigt die Rechtsordnung nicht; sie ordnet ihm demselben Platz zu, wie in dem Fall, wo A einen Darlehensvertrag mit einem finanzstärkeren Geschäftspartner abgeschlossen hätte.

Eine Lücke ist somit nicht gegeben.

2. Einzelne Erfüllungsansprüche

Bei der Zahl der Erfüllungsansprüche tauchen Fallkonstellationen auf, die Anlaß gewesen sind, den Einwand der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu überprüfen.

a) Mietvertrag

Bei einem Mietverhältnis kündigt der Mieter vorzeitig und muß nach dem Vertrag noch einige Monate seinen Mietzins entrichten. Der Vermieter läßt die Wohnung leer stehen, kümmert sich nicht um Nachmieter und fordert den Mietzins von dem bisherigen Mieter in voller Höhe.

Das Oberlandesgericht Frankfurt¹⁾ lehnt die entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf § 535 Satz 2 BGB ohne weitere Begründung ab.

Das von dem Oberlandesgericht Frankfurt gewonnene Ergebnis ist richtig. Auch hier kann nichts anderes gelten als beim allgemeinen Erfüllungsanspruch. Haben die Parteien eine feste Laufzeit des Mietvertrages vereinbart, so haben sie dies bewußt zur Verwirklichung ihrer

1) OLG Frankfurt in ZMR 70, 49

konkreten Interessen gewollt. Der Vermieter kann sich auf die Laufzeit des Vertrages verlassen, umgekehrt dagegen ist der Mieter nicht verpflichtet, die Mietsache zu gebrauchen¹⁾.

Darüberhinaus zeigt § 552 BGB, daß der Gesetzgeber keine ausfüllungswürdige Lücke hinterlassen hat. Hier ist nämlich eine Regelung gegeben, die den vorliegenden Problemkreis sieht. Allerdings soll sich der Vermieter nur die ersparten Aufwendungen oder Vorteile anrechnen lassen, die er aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauches der Sache erlangt.

§ 552 BGB eignet sich somit wesentlich besser für die Frage der billigen und gerechten Lösung des vorliegenden Problems. Einer entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB stände in jedem Falle die Vorschrift des § 552 BGB entgegen, die sich auf Grund ihrer Sachnähe in diesem Falle besser für eine Analogie eignen würde.

§ 254 Abs.1 BGB ist jedoch auch deshalb nicht anwendbar, weil es hier nicht um die Frage geht, was aus dem nachteiligen Resultat beiderseitiger Zurechenbarkeit wird, sondern darum, was aus dem Erfüllungsanspruch des einen wird, wenn er die Erfüllungshandlung des anderen nicht mehr will oder nicht mehr entgegennehmen kann.

So ist auch die Ansicht²⁾, daß der Vermieter einen mit seinem bisherigen Vertragspartner vergleichbaren Nachmieter, den ihm sein bisheriger Mieter nennt, akzeptieren muß, durchaus billigenswert. Diese Meinung folgt jedoch - und wird auch so begründet - aus § 242 BGB und berührt nicht die Vorschrift des § 254 BGB. Denn derjenige, der einen Nachmieter entgegen § 242 BGB nicht akzeptiert, muß sich nicht etwa eine Teilung seines Mietanspruches gefallen lassen, sondern verliert diesen völlig³⁾. In jedem Fall bürdet das Mietrecht dem Ver-

1) vgl. Molitor, S.58

2) vgl. Schmidt-Futterer/Blank, S.91

3) vgl. Schmidt-Futterer/Blank, S.87

mieter nicht die Pflicht auf, sich einen neuen Mieter zu suchen, wenn der alte vorzeitig auszieht, weil sonst die Regeln über Vertragsfreiheit und Vertragsdauer ihren Sinn verlieren würden.

Es fehlt somit auch an einem Ansatzpunkt für eigene Nachlässigkeit oder mit einem sonstigen Kriterium, das im Sinne des Rechtsgedankens des § 254 Abs.1 BGB dem Vermieter zugerechnet werden kann.

b) Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten

Das Problem der entsprechenden Anwendung bei Erfüllungsansprüchen ist auch im Rahmen des § 615 BGB diskutiert worden. Hier wird die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung von der herrschenden Meinung¹⁾ abgelehnt.

Diese Ansicht ist zutreffend, da es sich auch bei § 615 BGB um einen Erfüllungsanspruch handelt. Außerdem zeigt gerade § 615 Satz 2 BGB, daß der Erfüllungsanspruch des Dienstverpflichteten unter Umständen durchaus gekürzt werden soll, nämlich dann, wenn dieser durch das Unterbleiben der Dienstleistung etwas erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste etwas erworben hat, oder es böswillig unterlassen hat, etwas zu erlangen. Infolgedessen meint auch die Rechtsprechung, daß eine Einschränkung des Anspruches aus § 615 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 615 Satz 2 BGB gegeben sei.

Hier zeigt der Gesetzgeber, in welchem Maße er den Erfüllungsanspruch eingeschränkt sehen will²⁾. Eine Lücke liegt somit auch hier nicht vor.

1) vgl. BGH in NJW 1967, 248 (250); RGZ 141, 287; Staudinger-Werner, § 254 Nr. 2

2) vgl. BGH in NJW 67, 248 (250)

c) Bürgschaft

Dem Bundesgerichtshof¹⁾ lag - vereinfacht wiedergegeben - folgender Fall zur Beurteilung vor.

Zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand ein Salzlieferungsvertrag. Eine Bank hatte sich für die Erfüllung der Kaufpreisforderung verbürgt. Die Beklagte nahm die Salzlieferung für 2 Monate nicht ab, so daß die Klägerin nicht den gewohnten Gewinn erzielen konnte.

Die Revision wendet nun ein, in der Tatsache, daß die Klägerin sich nicht an die Bank gehalten habe und bei dieser den Kaufpreis geltend gemacht habe, habe sie ein Mitverschulden zu vertreten.

Der BGH stellt klar, daß § 254 BGB auf den Bürgschaftsanspruch, der auch einen Erfüllungsanspruch darstellt, keine Anwendung findet²⁾.

Da der Bürgschaftsanspruch als Erfüllungsanspruch definiert ist, ergibt sich aus den obengenannten dogmatischen Gründen, daß eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB nicht in Frage kommt.

Darüberhinaus verlöre die Sicherung durch Bürgen ihren Sinn, wenn dem Gläubiger die Pflicht auferlegt wird, durch rechtzeitige Geltendmachung der Forderung bei dem Bürgen seinen Schaden aus dem Zahlungsverzug des Schuldners gering zu halten. Wenn dem Gläubiger eine solche Verpflichtung nicht aus irgendeiner Nebenpflicht aus dem Vertrag obliegt, so ist das Institut der Bürgschaft nicht geeignet, ihm eine derartige Bürde aufzuladen. Die Bürgschaftsverpflichtung dient der Sicherheit des Gläubigers. Sie verpflichtet ihn nicht, eine Auswahl zu treffen, zu welchem Zeitpunkt und durch wen er seine Forderung zu erfüllen hat.

Eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB kommt somit auch hier nicht in Frage.

1) BGH in BGHLM Nr.50zu § 254 (A)

2) so auch RG in JW 37, 3104

3. Vertragliches Garantieverprechen (Scheckkartengarantie)

- a) Eine Bank händigt ihrem Kunden eine Scheckkarte und Scheckformulare aus. Auf der Rückseite der Karte garantiert sie jedem Schecknehmer die Zahlung eines bestimmten Betrages, soweit dieser auf ihrem Scheckvordruck ausgestellt ist.

Der Kunde benutzt nun die Schecks zur Kreditbeschaffung. Trotz völlig überzogener Konten gibt er sie einem Dritten zur Sicherheit für einen Kredit. Der Dritte weiß, daß die Bank ihrem Kunden deshalb kein Darlehen mehr gewährt hat. Da der Bankkunde dem Dritten den Kredit nicht zurückgewähren kann, verlangt dieser von der Bank die Zahlung der Schecks¹⁾.

Anspruchsgrundlage ist in diesem Fall die durch Vertrag übernommene Verpflichtung der Bank, dem Schecknehmer den Scheckbetrag zu zahlen²⁾.

Dieser Anspruch ist dann nicht gegeben, wenn seine Geltendmachung rechtsmißbräuchlich ist. Dies wird vom BGH³⁾ dann bejaht, wenn der Schecknehmer von der pflichtwidrigen Scheckkartenbenutzung wußte oder grob fahrlässig davon nicht Kenntnis erlangte. Liegt dies vor, kann die Bank nach § 242 BGB den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erheben.

Dieser Einwand soll jedoch dann nicht vollständig dem Anspruch des Schecknehmers entgegengesetzt werden können, wenn auch der Bank hinsichtlich der Gewährung der Scheckkarte ein nachlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. In diesem Fall müßte der Rechtsgedanke des § 254 BGB dazu führen, die nachteiligen Folgen des Geschäftes auf den Schecknehmer und die Bank nach Maßgabe des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens zu verteilen⁴⁾.

1) nachgebildet BGHZ 64, 79 und OLG Hamm in WPM 76, 139

2) BGHZ 64, 79 (81)

3) BGH in BGHZ 64, 79 (83, 84)

4) BGHZ 64, 79 (85)

- b) Das Scheckkartenverfahren soll den Rechtsverkehr bei kleineren Beträgen von der Sorge mangelnder Deckung eines Schecks befreien, um somit - nicht zuletzt auch im Interesse der Banken - den bargeldlosen Zahlungsverkehr zu fördern. Daraus folgt, daß an die Aufmerksamkeit des Schecknehmers grundsätzlich keine Anforderungen gestellt werden dürfen¹⁾.

Wenn jedoch die Scheckkarte mißbraucht wird und dies dem Schecknehmer ersichtlich ist, oder er es grob fahrlässig - und insoweit werden nach allgemeiner Ansicht sehr strenge Anforderungen gestellt - nicht erkennt, stellt die Durchsetzung des Anspruches eine unzulässige Rechtsausübung dar.

Warum sollte demjenigen, der positiv weiß, daß der andere gegenüber der Bank eine Untreue (§ 266 StGB) begeht, doch noch ein Teil des Scheckbetrages ersetzt werden; hier grenzt das Verhalten des Schecknehmers an Hehlerei, ein Schutzbedürfnis besteht nicht.

Aber auch im Falle der groben Fahrlässigkeit besteht m.E. kein Bedürfnis nach Schadensteilung. Es stellt einen Widerspruch dar, wenn einerseits, wie dies der BGH tut, die grobe Fahrlässigkeit nur dann bejaht wird, wenn eine besonders große Sorgfaltspflichtverletzung gegeben ist, andererseits aber dem Betreffenden trotz seines hohen "Verschuldens" noch ein Teil des Scheckbetrages gewährt werden soll. Dem Ausnahmecharakter, den der Einwand nach § 242 BGB im Interesse des Vertrauensschutzes einnehmen muß, steht einer Teilung entgegen. Denn wenn die Ausnahme vorliegt, so handelt der Schecknehmer derart schuldhaft, daß er seinen Anspruch vollständig verlieren muß.

Eine Lücke liegt m.E. somit nicht vor.

1) BGHZ 64, 79 (83)

- c) Selbst wenn man die Lücke bejaht, so ist vorliegend keine Rechtsähnlichkeit gegeben.

Wie bereits erwähnt, setzt § 254 Abs.1 BGB das Bestehen eines Anspruches voraus. Er stellt dagegen keine eigene Anspruchsgrundlage dar¹⁾. Wenn jedoch der Erfüllungsanspruch aus dem Garantievertrag über § 242 BGB zum Wegfall kommt, dann kann er nicht über § 254 Abs.1 BGB teilweise wieder zurückgewährt werden. Dies widerspricht der Systematik des § 254 Abs.1 BGB.

Darüberhinaus ist der Anspruch gegen die Bank ein Anspruch auf Erfüllung des Garantieverprechens. Er ist nicht die Folge einer gestörten Leistungsbeziehung, sondern er ergibt sich aus der schuldrechtlichen Bindung, die die Bank eingegangen ist. § 254 Abs.1 BGB dagegen trifft eine Regelung für die Abwicklung einer gestörten Rechtsbeziehung. Eine solche ist jedoch im Verhältnis zwischen Schecknehmer und Bank nicht gegeben. Es kann hier also nichts anderes gelten als im Rahmen der Erfüllungsansprüche. Insoweit verweise ich auf die oben gemachten Ausführungen²⁾.

- d) Selbst wenn man eine Teilung der negativen Folgen im vorliegenden Fall verfolgt, so muß man sich fragen, warum der BGH den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht von vornherein nur soweit zuläßt, als er nicht selbst unzulässig ist. Auf diese Weise ließe sich die Sorglosigkeit der Bank dogmatisch eher erfassen als über § 254 Abs.1 BGB. Derjenige, der den Zustand mitverschuldet hat, der die Voraussetzung eines Rechtsmißbrauches nach § 242 BGB darstellt, soll den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung auch nur unter Berücksichtigung seines eigenen Verhaltens ausüben dürfen. Zu welchen Teilen dies erfolgt, hierfür mögen die Abwägungsgrundsätze des § 254 Abs.1 BGB herangezogen werden, für die Teilungseröffnung jedoch kann nur § 242 BGB selbst eine Rechtsgrundlage geben.

1) RGZ 57, 87 (89)

2) Seite 75 der vorliegenden Arbeit.

Gerade der vorliegende Fall zeigt, welche Gefahr sich aus der Anwendung des § 254 BGB als allgemeine Billigkeitsnorm ergibt. § 254 BGB dient der Korrektur von als ungerecht empfundenen Ergebnissen. Dies kann jedoch nur auf Grundlage methodischen Vorgehens geschehen, und nicht nur deshalb, weil § 254 BGB eine Teilung regelt.

M.E. hätte die Eröffnung einer Schadensteilung beim Scheckkartenmißbrauch die Folge, daß die Gerichte der Voraussetzung der groben Fahrlässigkeit immer offener dann gegenüberständen, wenn man über § 254 Abs.1 BGB die "gerechte" Lösung herbeiführen zu können glaubt.

III. Gewährleistungsanspruch

Das Gewährleistungsrecht gehört zu den praktisch wichtigsten Gebieten des Schuldrechts. Dies trifft insbesondere für die Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers für Sachmängel zu¹⁾. Infolgedessen kommt dem Problem einer entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB eine große Bedeutung zu.

1. Kaufrecht

Das Gewährleistungsrecht des Kaufrechtes unterscheidet den Rechts- und den Sachmangel. Letzterer hat unterschiedliche Bedeutung im Rahmen des Spezies- und des Gattungskaufes. Soweit muß unterschieden werden.

- a) Beim Rechtsmangel erhält der Käufer weniger an Recht, als ihm nach dem Inhalt des Kaufvertrages gebührt. Die Bestimmung des § 440 Abs.1 BGB zeigt, daß der Rechtsmangel ein Fall der Nichterfüllung der Leistungspflicht des Verkäufers ist²⁾. Wenn der Anspruch auf

1) vgl. Larenz, Besonderer Teil des Schuldrechts, S.34

2) vgl. auch Larenz, Besonderer Teil des Schuldrechts, S.28 ff.; S.34

Rechtsverschaffung Teil des Erfüllungsanspruches des Käufers ist, so kann nichts anderes gelten, als das, was bei der Erörterung des allgemeinen Erfüllungsanspruches ausgeführt wurde¹⁾. Eine Einschränkung dieser Erfüllungsverpflichtung trifft nur § 439 Abs.1 BGB; ein Fall der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB ist damit nicht gegeben.

b) Eine dem § 440 Abs.1 BGB entsprechende Aussage fehlt im Bereich der Sachmängelhaftung.

ba) Beim Gattungskauf ist es Sache des Verkäufers, welchen Gegenstand er für die Erfüllung verwendet. Die Gewährleistung des Gattungskäufers ist Inhalt seiner Leistungspflicht²⁾. Mängelfreie Lieferung ist also Inhalt des Erfüllungsanspruches des Käufers. Auf Verschulden kommt es nicht an, so daß wir auch hier hinsichtlich der Frage der Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu keinem anderen Ergebnis kommen können als vorstehend beschrieben.

bb) Anders liegt der Fall bei dem Stückkauf.

(1) Hier ist zu untersuchen, ob die gesetzliche Gewährleistung eine nähere Ausgestaltung der Haftung für die Erfüllung der Leistungspflicht darstellt, oder ob die Gewährleistung für Sachmängel als ein nach Grund und Folgen von der Haftung für die Erfüllung ganz verschiedenes Rechtsinstitut anzusehen ist.

Die einen sehen die Freiheit von Sachmängeln als Inhalt der Leistungspflicht, die Mängelansprüche daher als Ansprüche wegen teilweiser Nichterfüllung, als "Ersatzerfüllungsansprüche" an³⁾.

1) vgl. unter § 10 II 1 der vorliegenden Arbeit

2) vgl. unter vielen Ballerstedt in Soergel-Siebert, Vor § 459 Nr.21

3) so Erman-Weitnauer Vor § 459 Nr.35; Herberger, S.76, der die Sachmängelhaftung als Rechtsfolge für die nicht gehörige Erfüllung der Leistungspflicht ansieht.

Fabricius¹⁾ nimmt an, daß der Käufer einer Spezies-sache zwar keinen Erfüllungsanspruch auf Lieferung dieser Sache als mangelfrei habe, daß aber den Verkäufer eine Nebenpflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache treffe. Der Grund der Gewährleistung liege in der Verletzung dieser Nebenpflicht.

Andere sind der Auffassung, die Leistungspflicht des Verkäufers erstrecke sich nicht auf die Freiheit von Sachmängeln; die Gewährleistungspflicht des Verkäufers könne daher - wenigstens beim Stückkauf - nicht als Sanktion für die (teilweise) Nichterfüllung seiner Leistungspflicht verstanden werden, sondern stelle eine zusätzliche Einstandspflicht des Verkäufers dar²⁾.

Letzterer Ansicht ist m.E. aus nachfolgenden Gründen der Vorzug zu geben.

Zum einen hätte derjenige, der eine mangelhafte Sache übergibt, praktisch nicht erfüllt. Bezieht sich der Kaufvertrag auf eine bestimmte Sache, die z.B. einen unerkannten Mangel aufweist, so wäre die Erfüllung des Kaufvertrages dem Verkäufer objektiv unmöglich, und damit der gesamte Vertrag nach § 306 BGB nichtig³⁾.

Zum anderen findet sich im Gesetz keine Vorschrift, die dem Käufer ein Nachbesserungsrecht gewährt. Entspricht die Sache nicht der gewollten Beschaffenheit, dann kann der Käufer nicht darauf klagen, sondern muß sich mit den Rechten, die ihm das Gesetz durch die Gewährleistungsvorschriften bietet, begnügen. Dies läßt den Schluß zu, daß beim Spezies-Kauf die Verschaffung der

1) in JZ 67, 464

2) vgl. Süss, S.224; Schollmeyer in Jherings Jahrbücher 49, 93; Enneccerus-Lehmann, § 108 I; Ballerstedt in Soergel-Siebert, Vor § 459 Nr. 13; Palandt-Putzo, Vor § 459 Nr. 2a; Esser, Schuldrecht Bes.Teil, § 64 I; Fikentscher, S.376

3) vgl. Larenz, Besonderer Teil des Schuldrechts, S.59

Sache "in der gesollten Beschaffenheit" nicht Inhalt der - im Wege der Klage erzwingbaren - primären Leistungspflicht ist¹⁾.

Schließlich zeigt gerade das Institut der Wandlung, daß eine wirksame Übereignung zustande gekommen ist, die der Käufer dann rückgängig machen kann, wenn die Sache nicht den erwarteten Zustand aufweist. Wäre der Kauf einer mangelhaften Sache jedoch keine Erfüllung, so wäre die Wandlung nicht erforderlich, um von dem Vertrag wieder loszukommen.

Die Lieferung einer mangelhaften Sache kann auch nicht die Verletzung einer Nebenpflicht darstellen, weil eine derartige Pflicht nicht besteht²⁾. Denn auch eine Nebenleistung ist selbständig einklagbar und gibt dem Vertragsgegner einen Erfüllungsanspruch³⁾. Hier bestände somit dieselbe Problematik, wie da, wo man dem Käufer durch den Gewährleistungsanspruch die Durchsetzung seines Erfüllungsanspruches ermöglichen will.

Die Gewährleistungsvorschriften fixieren letztlich eine Einstandspflicht des Verkäufers⁴⁾. Er soll dafür einstehen, daß er dem Käufer nicht seine nach dem Kaufvertrag berechtigten Erwartungen befriedigt hat. Die Gewährleistungsvorschriften folgen der Idee der Vertragsgerechtigkeit, weil es nicht angeht, daß der Wert der Käuferleistung höher ist, als der der Verkäuferleistung⁵⁾. Daraus folgt, daß die Nichterfüllung der Leistungspflicht und die Gewährleistung für Sachmängel zweierlei Dinge sind.

1) so auch Larenz, Besonderer Teil des Schuldrechts, S.59; Süss, S.225 ff.

2) vgl. Esser, Schuldrecht Besonderer Teil, S.31

3) vgl. Brox, S.10

4) vgl. Larenz, Besonderer Teil des Schuldrechts, S.60

5) vgl. Ballerstedt in Soergel-Siebert, Vorb. § 459 Nr.15

(2) Damit stellt sich auch die Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB. Auch hier ist es notwendig, der Frage nach der Lückenhaftigkeit des Gesetzes nachzugehen.

Zum besseren Verständnis soll diese Frage anhand eines von der Rechtsprechung entschiedenen Falles untersucht werden.

Dem OLG Düsseldorf¹⁾ lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor.

A bot B eine gebrauchte Druckpresse zum Kauf an. Die Parteien kamen überein, daß ein Maschinenobermeister der B die Maschine vorher in den Firmenräumen der A besichtigen sollte. B teilte A mit, daß der Maschinenobermeister bevollmächtigt sei, den Kauf abzuschließen, wenn er die Maschine für einwandfrei und absolut betriebssicher erachte. Der Maschinenobermeister schloß den Kauf ab, nachdem er die Maschine besichtigt hatte. Als die Maschine bei B ankam, lehnte diese die Übernahme mit der Begründung ab, daß die Maschine mangelhaft sei. B beanspruchte im Wege der Wandlung Rückzahlung sowie Erstattung der Fahrtkosten für ihren Maschinenobermeister und Kosten für den Transport der Maschine und Transportversicherung.

Die Frage ist nun - vorausgesetzt die Maschine war tatsächlich zum Zeitpunkt des Kaufabschlusses mangelhaft -, ob das Wandlungsbegehren der B in vollem Umfang berechtigt ist²⁾.

Wenn man unterstellt, daß der Maschinenobermeister die Mängel auf Grund mangelnder Sorgfalt übersehen hat, so stellt sich die Frage, ob die Folgen der Wandlung im vorliegenden Fall nicht von beiden Parteien anteilmäßig zu tragen sind.

1) OLG Düsseldorf in NJW 52, 1177

2) Nach § 467 S.2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen. Insoweit findet das Begehren nach Ersatz der Fahrt- und Transportkosten seine rechtliche Grundlage.

Das Gesetz sieht im Rahmen der Gewährleistungsvorschriften keine Teilung vor. Eine Regelung ist somit nicht gegeben. Sind also die Gewährleistungsansprüche, gemessen an ihrer eigenen Regelungsabsicht, unvollständig, weil sie eine Teilung der negativen Folgen der Wandlung oder eine Beeinflussung auf die Höhe des Minderungsanspruches bei beiderseitiger Zurechenbarkeit nicht enthalten?

Wenn das Gesetz zwar keine Schadensteilung vorsieht, so bestimmt es jedoch in § 460 BGB, daß Gewährleistungsrechte dann ausgeschlossen sind, wenn dem Käufer ein Mangel der in § 459 Abs.1 BGB beschriebenen Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hat. Aus dieser Vorschrift schließt das Oberlandesgericht Düsseldorf¹⁾, daß der Gesetzgeber abschließend bestimmt habe, wann der Verkäufer Mängel der Kaufsache zu vertreten habe, wenn dem Käufer seinerseits ein Verschulden am Zustandekommen des Kaufvertrages zur Last falle. Deshalb könne ein durch diese Vorschrift nicht ausgeschlossener Wandlungsanspruch des Käufers nicht über § 254 BGB wieder zu Fall gebracht oder der Höhe nach vermindert werden²⁾.

Die Frage ist, ob die Existenz des § 460 BGB eine abschließende Regelung des Gesetzgebers für die Fälle darstellt, in denen beide Parteien in zurechenbarer Weise den Eintritt der Gewährleistung zu vertreten haben.

1) OLG Düsseldorf in NJW 52, 1177

2) In dem oben geschilderten Fall hatte sich die Beklagte auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 56, 267) berufen, wonach eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf Gewährleistungsrechte geboten sei. Dies beruht jedoch auf einer mißverständlichen Auslegung dieser Entscheidung. Das Reichsgericht spricht nur insoweit von einer rechtlich nicht zu beanstandenden Anwendung des Grundsatzes des § 254 BGB auf den Wandlungsanspruch der Klägerin, als es um die Unmöglichkeit der Rückgabe ging und damit um Schadensersatzansprüche.

Diese Ansicht wird weitgehend vertreten¹⁾, zuletzt auch vom Bundesgerichtshof²⁾. Letzterer bezieht sich dabei auch auf die Motive des Gesetzgebers³⁾, in denen es zu dem Entwurf des damaligen § 382 heißt, die Pflicht des Erwerbes, auch seinerseits "die Augen offen zu halten", trete "gegenüber besonderer Zusicherung des Veräußerers sowie im Falle des dolus desselben zurück".

Der Grundgedanke des § 460 BGB ist der, daß der Käufer nur dann den Schutz des Gewährleistungsrechts verlangen kann, wenn er durch die Leistung des Verkäufers in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird. Denn derjenige, der den Mangel kommen sieht, soll nicht kaufen, wenn für ihn der Mangel Bedeutung hat⁴⁾. Der Mitverursachungsbeitrag besteht in diesem Fall darin, daß er den Mangel entweder kennt, oder daß er ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die Rechtsfolge liegt in dem völligen Ausschluß der Gewährleistung.

Das Problem ist nun, ob sich in dieser Vorschrift die Berücksichtigung zurechenbaren Verhaltens des Käufers erschöpfen soll, oder ob nicht vielmehr mit dieser Norm eine grundsätzliche Aussage darüber getroffen werden soll, wann die an sich gegebenen Gewährleistungsansprüche nicht in Betracht kommen.

Allein die Stellung des Gesetzes zeigt schon, daß dem § 460 BGB eine grundsätzliche Bedeutung bei der Frage der Anwendung der Gewährleistungsrechte zukommt. Während der Gesetzgeber in § 459 BGB den Grundsatz der Gewährleistung manifestiert, schließt er ihn in § 460 BGB - ebenso wie § 460 Satz 2 oder § 439 Abs.1 BGB beim Rechtsmangel - für eine bestimmte Fallkonstellation aus.

1) vgl. Staudinger-Ostler, § 460 Nr.21 a; Ballerstedt in Soergel-Siebert, § 460 Nr. 3; Erman-Weitnauer, § 460 Nr.8

2) vgl. BGH in NJW 78, 2240

3) vgl. Motive zu BGB II, 226

4) vgl. Palandt, Nr.1 zu § 460

Es sind jedoch beim Entstehen von Gewährleistungsansprüchen die verschiedensten Sachverhalte denkbar, die § 460 BGB nicht erfaßt. Es bestände grundsätzlich weiterhin das Bedürfnis, den Gewährleistungsanspruch in seinen Rechtsfolgen beiden Vertragspartnern zuzurechnen. Dies umso mehr, als § 460 BGB nur die Voraussetzungen regelt, unter denen der Verkäufer überhaupt haftet. Er sagt dagegen nichts über das Ausmaß dieser Haftung und über die Rechtsfolgen einer etwaigen Mitverursachung des Schadens durch den Käufer aus¹⁾.

Bei der Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB, wie auch im oben beschriebenen Fall, kann das zurechenbare Verhalten des Verkäufers auch in einem Verhalten liegen, das zwar mit der Kenntnis, bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis des Mangels im Sinne des § 460 BGB nichts zu tun hat, aber im Rahmen der konkreten Vertragsbeziehungen dem Käufer bei der Feststellung des Mangels eine Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten vorzuwerfen ist. Man könnte nun daran denken, daß dies dem Gesetzgeber einerlei ist, da ja auch die §§ 459 ff. BGB keine Verschuldenshaftung darstellen, sondern den Verkäufer in jedem Falle für den Vertragsgegenstand haften lassen.

Es spricht einiges dafür, daß der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt eine Einschränkung in Form des § 460 BGB als ausreichend annahm. Damit wäre jedoch eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nicht gehindert, wenn nicht die ratio legis der Gewährleistungsvorschriften eine abschließende Regelung bestätigt.

Es ist festzustellen, daß die Rechtsfolgen der §§ 459 ff. BGB - obwohl oder gerade weil verschuldensunabhängig - für den jeweiligen Vertragspartner im selben Maße eine

1) Der BGH in NJW 78, 2240 räumt deshalb auch ein, daß es "nicht schon zwingend aus der Fassung des § 460 BGB" folge, daß diese Bestimmung die Berücksichtigung der Kenntnis bzw. schuldhaften Unkenntnis des Käufers von dem Vorliegen eines Sachmangels abschließend regelt.

einschneidende Wirkung haben können, wie dies bei Schadensersatzansprüchen der Fall ist. Derjenige, der eine Sache verkauft, die mit einem relativ unbedeutenden Fehler behaftet ist und sich nach 5 Monaten nach erfolgter Wandlung wieder im Besitz dieser Sache sieht, hat in der Regel einen konkreten Schaden. Sei es, daß er diese Sache auch nach erfolgter Nachbesserung nicht mehr zu dem üblichen Preis verkaufen kann, sei es, daß er nutzlose Arbeit aufgewendet hat, oder daß die Sache insgesamt wertlos geworden ist. Hier erscheint es unter bestimmten Voraussetzungen durchaus sinnvoll, daß man die Folgen der §§ 459 ff. BGB unter Umständen für den betroffenen Verkäufer dadurch mindert, daß man auch den Verkäufer entsprechend seiner Verantwortung an den Nachteilen beteiligt.

Das Gewährleistungsrecht zeigt eine Auffassung des Gesetzgebers, die dem Verkäufer den größeren wirtschaftlichen Nutzen an dem Rechtsgeschäft unterstellt als dem Käufer. Derjenige, der ein für sich günstiges Geschäft abschließt, soll zumindest auch die Erwartungen des Vertragspartners in vollem Umfang erfüllen. Diese Betrachtung widerspricht m.E. der heutigen Rechtswirklichkeit.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Kaufs hat sich weitgehend verändert. Immer mehr kommt dem Verkauf einer Sache eine über den reinen Geschäftszweck hinausgehende Bedeutung zu. Oft ist der Käufer derjenige, in dessen hauptsächlichem Interesse der Kaufvertrag zustande gekommen ist, mindestens liegen jedoch die Interessen auf einer gleichberechtigten Ebene. Im heutigen Massenverkehr ist es dem Käufer oft wichtiger, einen Gegenstand relativ billig zu erwerben, weil er ihn ohnehin nur für einen begrenzten Zeitraum nutzen will. Daß dabei nicht dieselbe Sorgfalt durch den Verkäufer angewendet werden kann, wie dies bei anderen Gelegenheiten der Fall ist, liegt auf der Hand.

Der Kaufvertrag ist somit in vielen Fällen ein Weg, der für beide Teile die Verwirklichung konkreter Wünsche und Ziele verwirklicht. Damit ist es grundsätzlich gerechtfertigt, die negativen Folgen, die sich aus der konkreten Kaufbeziehung ergeben, in einer gerechten und billigen Weise beiden Seiten je nach Verantwortungsgrad zuzurechnen.

Dies wird auch noch von einem weiteren Gedanken gestützt. Die Gewährleistungsansprüche ziehen ihre Existenz nicht zuletzt auch aus dem Umstand, daß es der Verkäufer ist, der ausschließlich auf den Zustand der Sache zum Zeitpunkt des Kaufes einen Einfluß hat. Deshalb soll er auch dafür sorgen, daß das, was er anbietet und verspricht, sich tatsächlich auch erfüllen läßt. Wenn nun auf Seiten des Käufers in ähnlicher Weise ein zurechenbarer Vorgang zur Anwendung kommt, wäre eine ausschließliche Verantwortung des Verkäufers unbillig.

Als Ergebnis läßt sich somit feststellen, daß die Folgen einer mangelhaften Kaufsache sowohl beim Käufer wie beim Verkäufer negative Auswirkungen haben können. Weiterhin erfüllt auch der Käufer ein relevantes Zurechnungskriterium, nämlich Nachlässigkeit, also "Handlungsunrecht" die beim Spezies-Kauf im Gegensatz zum Gattungskauf deshalb Zurechnungscharakter erhält, weil die Eigenart des Spezies-Kaufes (konkreter Kaufgegenstand) eine Gefahrexponierung für den Verkäufer mit sich bringt, die angesichts der Interessenlage auch einem Verhalten des Käufers Zurechnungseigenschaft gibt.

Dieser Situation werden die bestehenden Vorschriften des Kaufrechts nicht gerecht.

Gegen eine Lücke spricht jedoch nach dem BGH¹⁾ die Tatsache, daß innerhalb des Gewährleistungsrechtes bereits für die Frage einer möglichen Haftungsteilung eine typisierte Interessenabwägung erfolgt sei, die für weitere

1) so BGH in NJW 1978, 2240

Vorschriften, wie z.B. des § 254 BGB keinen Raum lassen. Als Sondervorschrift des Gewährleistungsrechts löse § 460 BGB nämlich den Konflikt zwischen der Haftung des Verkäufers einerseits nach der Frage, inwieweit sich der Käufer seine Kenntnis bzw. schuldhaftes Unkenntnis von dem Haftungsgrund zurechnen lassen müsse, im Interesse der Rechtssicherheit nach einer möglichst raschen und klaren Abwicklung von Leistungsstörungen im Bereich der Gewährleistung nach weitgehend typisierten und von der besonderen Lage des Einzelfalls losgelösten Maßstäben. Ebenso wie es dem Käufer, der den Mangel bei Vertragsabschluß kennt, grundsätzlich nichts nütze, wenn ihm der Verkäufer diesen Mangel arglistig verschwiegen oder ihm eine Eigenschaft zugesichert habe, und wie ihm ferner bei eigener grober Fahrlässigkeit Gewährleistungsansprüche selbst dann nicht zuständen, wenn der Verkäufer auch seinerseits grob fahrlässig gehandelt habe, so soll umgekehrt dem Käufer ganz allgemein und ohne Prüfung seiner Schutzwürdigkeit im Einzelfall ein uneingeschränkter Schadensersatzanspruch auch dann zustehen, wenn er aus leichter Fahrlässigkeit den Mangel nicht erkannt habe oder ihm - bei Zusicherung bzw. Arglist seitens des Verkäufers - sogar grobe Fahrlässigkeit zur Last falle (§ 460 S.2 BGB). Deshalb könne z.B. auch dem Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB ein Mitverschulden nach § 254 BGB nicht entgegengehalten werden¹⁾.

Zunächst muß geklärt werden, wie das Argument des BGH methodisch zu fassen ist. Der BGH schließt aus der Existenz der obengenannten Vorschriften, die eine "typisierte Interessenabwägung" träfen, daß für die Heranziehung

1) so auch Staudinger-Ostler, § 463 Nr.27;
a.A. BGB RGRK, § 463 Nr.15 unter Berufung auf BGH in Betrieb 66, 415, wobei der BGH (in NJW 78, 2240) allerdings ausdrücklich von seiner früheren Rechtsprechung Abstand nimmt)

des § 254 Abs.1 BGB, der gerade umgekehrt auf einer Interessenabwägung nach den Besonderheiten des Einzelfalles aufbaue, kein Raum bliebe. Soll dies bedeuten, daß ggf. für eine andere Vorschrift Platz wäre, oder soll damit gesagt sein, daß obengenannte Vorschriften für die Frage der Haftungsteilung eine abschließende Regelung getroffen haben, und somit keine Lücke vorliegt.

Andererseits räumt der BGH in derselben Entscheidung ein, daß die Vorschrift des § 460 BGB nicht zwingend abschließender Natur sei. In diesem Fall würde der BGH das Bestehen einer Lücke dahingestellt sein lassen, jedoch in Abrede stellen, daß eine solche durch § 254 Abs.1 BGB gefüllt werden könnte.

M.E. kann der Einwand des BGH, im Rahmen der Gewährleistungsvorschriften sei für die Frage der Kenntnis und schuldhaften Unkenntnis in Form des § 460 BGB eine typisierte Interessenabwägung getroffen worden, nur so methodisch eingeordnet werden, daß eine Lücke nicht gegeben sei; keine andere Vorschrift somit in diesem Rahmen analoge Anwendung finden könne.

Grundsätzlich haftet der Verkäufer für einen Mangel der verkauften Sache, ob er ihn kennt oder nicht. Kennt der Käufer den Mangel, dann haftet der Verkäufer dafür nicht (§ 460 S.1 BGB), wobei es auch gleichgültig ist, ob er den Mangel kennt oder nicht. Kennt der Käufer den Mangel nur aus grober Fahrlässigkeit nicht, dann haftet der Verkäufer nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat. Hat er eine bestimmte Eigenschaft zugesichert, dann haftet er in jedem Fall, auf die Kenntnis des Käufers kommt es nicht an.

Die typisierten Interessenabwägungen haben folglich nur ein "entweder - oder" geregelt. Sie erinnern an das Culpakompensationsprinzip.

Warum sollte jedoch im Rahmen des Gewährleistungsrechtes nicht auch noch Raum für eine Haftungsteilung sein. Die Existenz des § 122 Abs.2 BGB schließt für alle sonstigen Konfliktsituationen die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf § 122 BGB nicht aus¹⁾. Dasselbe gilt für § 307 BGB, trotz der Vorschrift des § 307 I S.2 BGB²⁾.

Im Rahmen des § 538 BGB ist die Anwendbarkeit des § 254 Abs.1 BGB unstreitig³⁾, daran kann die Vorschrift des § 539 BGB nichts ändern. Auch bei § 701 BGB findet § 254 Abs.1 BGB Anwendung, obwohl § 701 I S.2 BGB einen Haftungsausschluß vorsieht⁴⁾.

In all diesen Fällen liegt eine typisierte Interessenabwägung vor und dennoch steht überwiegend die Anwendbarkeit des § 254 Abs.1 BGB außer Frage.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Regelung des Gewährleistungsrechts dem Verkäufer entweder die volle Haftung auferlegt oder sie ihm vollständig nimmt. Eine Regelung hinsichtlich einer Verteilung der Haftung ist gesetzlich nicht fixiert. Es spricht nichts dafür, daß gerade im Gewährleistungsrecht das "entweder - oder"-Prinzip herrschen sollte. Wenn der BGH dafür die Rechtssicherheit und das Interesse an einer möglichst raschen und klaren Abwicklung von Leistungsstörungen im Bereich der Gewährleistung anführt, so überzeugt dies nicht. Auch im Rahmen anderer Rechtsinstitute hat Rechtssicherheit zu gelten, und warum gerade im Gewährleistungsrecht Leistungsstörungen, wenn sie einmal eingetreten sind, besser abgewickelt werden sollten als z.B. im Rahmen des Beherbergungsvertrages, wo sich oft Personen aus

1) so BGH in NJW 69, 1380 Nr. 2

2) hier allerdings umstritten, vgl. Erman-Battes § 307 Nr.3

3) vgl. Erman-Schopp, § 538 Nr.20, 21

4) so RGZ 169, 84 ff.; BGHZ 32, 149

verschiedenen Wohnsitzen gegenüberstehen und die Rechtsbeziehung i.d.R. nur von kurzer Dauer ist, ist nicht einzusehen.

Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen den Verkäufer aus seiner Gewährleistung entlassen wollte. Hierfür eine besondere Bestimmung zu treffen, war deshalb notwendig, weil die Vorschrift des § 459 BGB gemildert werden mußte. Hier wurde nämlich eine Haftung auch für die Fälle normiert, in denen dem Verkäufer kein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Aus der besonderen Haftungssituation, der sich der Verkäufer durch § 459 BGB ausgesetzt sah, folgte zwingend die Vorschrift des § 460 BGB, die die Rechtsfolge des § 459 BGB dann ausschließt, wenn sie besonders krass und unbillig wäre.

Darüberhinaus besteht jedoch weiterhin ein Bedürfnis, auch die Fälle angemessen zu entscheiden, in denen die Voraussetzungen des § 460 BGB nicht gegeben sind, dennoch aber die Rechtsfolge des § 459 BGB als unbillig erscheint. Dies ist m.E. z.B. in dem vom OLG Düsseldorf¹⁾ entschiedenen Fall gegeben.

Eine Lücke liegt somit vor.

(3) Die Frage ist jedoch, ob diese Lücke gerade durch eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu schließen ist. Es könnte nämlich auch eine andere Vorschrift in Frage kommen, wie z.B. § 351 BGB²⁾. § 351 BGB ist ein Ausdruck des "venire contra factum proprium"³⁾. Aber auch die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 351 BGB betreffen nur bestimmte Fälle, nämlich die, daß der Käufer vor der Wandlung die Sache "schuldhaft"⁴⁾ beschä-

1) OLG Düsseldorf in NJW 52, 1157

2) vgl. Huber in JUS 72, 439 (444)

3) vgl. BGH in WM 1972, 158; E. Wolf in AcP 153, 97

4) hierbei besteht dieselbe Problematik des Verschuldensbegriffes wie bei § 254 BGB.

digt oder zerstört hat und sie sind auf volle Wert-
erstattung gerichtet. Im Rahmen der Wandlung sind je-
doch - wie oben dargestellt - auch Fallkonstellationen
denkbar, die eine Teilung der negativen Folge nahe le-
gen. Für diese Fälle erscheint die Vorschrift des § 254
Abs.1 BGB geeigneter, eine Lücke zu füllen.

Die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB setzt voraus,
daß die geregelte Interessenlage der vorliegenden ähnlich ist.
Bereits oben wurde ausgeführt, daß es sich nach der
herrschenden Meinung bei den Gewährleistungsvorschriften
nicht um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch handelt,
sondern um einen abgeleiteten Anspruch, der sich aus den
enttäuschten Erwartungen des Käufers ergibt. Wenn schon
die Sache mangelhaft ist, soll ihm wenigstens insoweit
Restitution verschafft werden, als er die negativen Fol-
gen des Vertrages entweder rückgängig machen, oder er
seine Gegenleistung dem Wert des Vertragsgegenstandes
auf Grund des Mangels anpassen kann.

Der Schadensersatzanspruch soll dem Geschädigten einen
Ausgleich für die Folgen des schadenbringenden Ereignis-
ses schaffen. Dabei dienen die Vorschriften des Schadens-
ersatzrechts nicht der Besserstellung des Geschädigten.
Dieser soll sich im Gegenteil sogar in den Fällen einen
Abzug gefallen lassen müssen, in denen er durch den
Schadensersatz eine Besserstellung erfahren würde.
Der Schadensersatz soll lediglich im Wege der Natural-
restitution oder der Kompensation die negativen Folgen
für den Geschädigten beseitigen.

Dem dienen auch die Gewährleistungsansprüche. Während
beim Schadensersatz der zugrundeliegende Sachverhalt sich
aus verschiedensten Umständen ergeben kann, beschränken
sich die Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff. BGB auf
die konkrete Situation des Kaufabschlusses.

Während die Nachteile beim Schadensersatz verschiedenster Natur sein können, ist der Nachteil beim Gewährleistungsanspruch auf seiten des Käufers - soweit nicht § 463 BGB in Frage kommt - lediglich, trotz voller Gegenleistung eine mangelhafte Sache zu besitzen, die der von ihm erbrachten Gegenleistung nicht an Wert entspricht. Der Verkäufer dagegen sieht sich in diesem Falle der Forderung des Käufers ausgesetzt, die gegenseitigen Leistungen zurückabzuwickeln oder den Kaufpreis entsprechend des Wertes der verkauften Sache mit dem Mangel anzupassen.

Der Schadensersatzanspruch wie auch der Gewährleistungsanspruch sind somit Leistungsbeziehungen, die sich aus den ursprünglichen Verhältnissen entwickelt haben und außerhalb derselben stehen, und deren Inhalt danach definiert wird, inwieweit die ordnungsgemäße Abwicklung der ursprünglichen Beziehung gestört wurde.

Wenn nun zwischen dem Schadensersatzanspruch und den Gewährleistungsansprüchen eine Rechtsähnlichkeit besteht, so erleichtert dies die Frage, ob ein im Rahmen des Schadensersatzrechts angesiedeltes Institut auch für den Gewährleistungsanspruch Anwendung finden kann. Der Rechtsgrund des § 254 Abs.1 BGB ist - wie oben ausgeführt - der, daß derjenige sich eine Kürzung seines Anspruches gefallen lassen muß, dem der Schaden auf Grund der entsprechenden Kriterien zugerechnet wird. Bei der vorliegenden Fallkonstellation wird - wie oben bereits ausgeführt - der Mangel der Sache zunächst einmal dem Verkäufer zugerechnet. Das Kriterium ist die eingangs genannte Einstandspflicht des Verkäufers. Das Gesetz trifft kein Kriterium für die Zurechenbarkeit des Mangels zu Lasten des Käufers. Die Frage ist also, ob seine Nachlässigkeit als Handlungsverantwortlichkeit im Sinne einer Zurechenbarkeit qualifiziert werden kann. Dies wurde bereits bei der Untersuchung der Lückenhaftigkeit bejaht.

(4) Es ist jedoch festzustellen, daß die entsprechende Anwendung in den Rechtsfolgen nicht zu denselben klaren Lösungen kommen kann, wie dies beim Schadenersatz der Fall ist. Während bei letzterem ein feststellbares Ergebnis vorliegt, das mehr oder weniger in seiner Wirkung geteilt oder geschwächt werden kann, so sind die Rechtsfolgen des Gewährleistungsrechtes nicht in derselben Weise zu teilen. Die Rechtsfolge eines Wandlungsanspruches ist nämlich derart, daß das Vertragsverhältnis zurückabgewickelt wird. Bei dem Minderungsanspruch erfolgt dagegen eine Anpassung des Kaufpreises an den tatsächlichen Wert der Sache.

Aus dem Vorliegen dieser Rechtsfolgen schließt der BGH¹⁾, daß gegen eine Anwendbarkeit des § 254 Abs.1 BGB die Systematik des Gewährleistungsrechtes spräche. Bei dem seinem Wesen nach unteilbaren Wandlungsanspruch scheide die Anrechnung des Mitverschuldens des Käufers wegen schuldhafter Unkenntnis von dem Bestehen des Mangels bereits begrifflich aus. Auch bei der Minderung, deren Höhe sich nach der Wertrelation zwischen geschuldeter mangelfreier und gelieferter mangelhafter Sache bemesse (§ 472 BGB), sei für eine Heranziehung der auf das Schadenersatzrecht zugeschnittenen Vorschrift des § 254 Abs.1 BGB, kein Raum.

M.E. sprechen auch diese Bedenken nicht gegen eine analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB. Es trifft zwar zu, daß die Rechtsfolgen der obengenannten Gewährleistungsvorschriften anders sind als die des § 254 Abs.1 BGB, für die Frage jedoch, ob § 254 Abs.1 BGB auch im Rahmen der Gewährleistungsrechte die Möglichkeit einer Teilung der negativen Folgen eröffnet, kann dies nicht von entscheidender Bedeutung sein.

Es ist nichts Regelwidriges, daß die entsprechend anzuwendende Vorschrift eine andere Rechtsfolge vorsieht als die durch Analogie zu modifizierende; vollständige

1) BGH in NJW 78, 2240

Übereinstimmung der entsprechenden Sachverhalte ist nicht erforderlich¹⁾. Formale Gleichheit gibt es im Recht nicht²⁾. Das Gerechte ist folglich nicht formale Gleichheit, sondern eine Gleichheit der Verhältnisse, ein Proportionales³⁾. Dieses Verständnis von Gleichheit läßt es zu, die durch Analogie zu übertragende Rechtsfolge nur "entsprechend" eintreten zu lassen⁴⁾. Wandlung und Minderung erscheinen vom Schadenersatz nicht so unterschiedlich, daß nicht aus ihnen ein gemeinsames Prinzip abzuleiten wäre. Dazu wurden schon oben im Rahmen der Lückenfeststellung Ausführungen gemacht.

Mit der Saldotheorie im Rahmen des Bereicherungsrechtes⁵⁾ korrigiert die h.M. die Rechtsfolgen des § 818 III BGB, ohne einen Widerspruch zum System des Bereicherungsrechtes zu empfinden. Wenn in der Saldotheorie letztlich eine von der Rechtsprechung aus Billigkeitsgründen vorgenommene Gesetzeskorrektur⁶⁾ gesehen wird, muß man sich fragen, was einer entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB beim Wandlungs- oder Minderungsanspruch entgegensteht, zumal hier weit weniger in das bestehende Recht eingegriffen wird, als dies im ersteren Fall geschieht.

Überhaupt wird m.E. der systematische Gegensatz vom BGH zu hoch bewertet. Die begriffliche Schwierigkeit, den Wandlungsanspruch zu teilen, rechtfertigt es nicht, von unüberbrückbaren Systemen zu sprechen. Diese siedeln sich auf weit höherer Ebene an, und stehen dort einer Analogie entgegen, wo ihre Wertungen unterschiedlichen Systemen zugeordnet sind, oder wo das Rechtssystem in einzelnen Bereichen durchbrochen werden würde (z.B. Typenzwang im Sachenrecht u.a.). Wenn jedoch der Wandlungsanspruch zunächst einmal auf die Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichtet ist, so wird dieser Rechtsfolge nicht die Qualität einer unüberwindbaren Systembindung zuzusprechen sein, da auch bei der Rückabwicklung

1) vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 366, 367

2) vgl. Radbruch, S.126

3) vgl. Kaufmann, S.22

4) so Bund, S.118

5) vgl. BGHZ 1,75 ff; 53, 144 ff.

6) so BGHZ 53, 144 (147); vgl. auch BGHZ 57, 137 (147)

- ähnlich wie bei der Saldotheorie - Platz für eine Gesetzeskorrektur aus Billigkeitsgründen gegeben sein muß. Die notwendige "proportio" ist vorliegend also gegeben.

Die Frage ist, wie eine derartige Korrektur tatsächlich zu erfolgen hätte. Bei der Minderung ließe sich dies bei der Bemessung der Wertrelation berücksichtigen. Bei der Wandlung zeigt uns das schweizer Recht einen gangbaren Weg. Art. 205 Abs.2 OR bestimmt: "Auch wenn die Wandlungsklage angestellt worden ist, steht es dem Richter frei, bloß Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen". Bei der Bemessung des Minderwertes ließe sich dann das mitwirkende Verschulden des Käufers berücksichtigen¹⁾. Warum sollte nicht auch eine solche Rechtsfolge über die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB im deutschen Recht möglich sein.

Wenn also die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auch im Rahmen der Gewährleistungsrechte für bestimmte Fallkonstellationen die Möglichkeit der Teilung negativer Folgen eröffnet, so zeigen oben dargestellte Rechtsfolgen denkbare Lösungen für das Problem der konkreten Verteilung.

Eine systematische Fragestellung drängt sich dennoch auf. Es wurde bereits mehrfach festgestellt, daß § 254 Abs.1 BGB einen gegebenen Anspruch kürzt oder mindert, jedoch keinen eigenen Anspruch gibt. Oben dargestellte Rechtsfolgen sprengen jedoch den Rahmen des Gesetzes und billigen dem Verkäufer etwas zu, das ihm das Gesetz nicht gibt.

Dem läßt sich jedoch entgegenhalten, daß § 254 Abs.1 BGB lediglich keinen eigenen Anspruch begründet. Dies ist vorliegend auch nicht der Fall, da der Verkäufer einem Anspruch ausgesetzt ist. Die oben dargestellten Möglichkeiten wirken sich nämlich nur auf der Rechtsfolgende

1) vgl. hierzu Keller, S.68

aus und verschaffen § 254 BGB Geltung, indem sie die Teilung der negativen Folgen des Kaufes realisieren. Sie geben dem Verkäufer dagegen keine eigene Rechtsposition, sondern treffen eine Modalität für die durchzuführende Teilung.

Im Gegensatz zu der Entscheidung des BGH¹⁾ ist m.E. somit die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf die Gewährleistungsrechte des Kaufrechtes beim Stückkauf geboten.

2. Werkvertragsrecht

Auch im Rahmen der Gewährleistungsrechte des Werkvertragsrechts gibt es keine Vorschrift, die eine Haftungsteilung regelt. In diesem Problemkreis liegt lediglich eine höchst-richterliche Entscheidung vor, und zwar die des Oberlandesgerichts Bremen²⁾.

a) Dabei ging es um nachfolgenden Fall.

Die Klägerin baute auf ihrer Werft für den Beklagten ein zum Personenverkehr auch auf Binnengewässern bestimmtes Schiff. Nach der Fertigstellung wurde von der Binnenschiffahrtsuntersuchungskommission die Höhe des Ruderhauses beanstandet, da sie nicht den Sicherheitsvorschriften in der Binnenschiffahrt entspräche. Es wurde die Höherlegung des Ruderhauses verlangt. Die Klägerin weigerte sich, die Höherlegung auf ihre Kosten vorzunehmen und Ersatz der hierfür anderweitig vom Beklagten vorgenommenen Aufwendungen zu leisten. Sie hat sich darauf berufen, daß das Ruderhaus in der ursprünglichen Höhe auf ausdrücklichen Wunsch des Beklagten gebaut worden sei.

Das Oberlandesgericht stellt zunächst fest, daß die Klägerin als fachkundige Unternehmerin verpflichtet gewesen

1) BGH in NJW 78, 2240

2) OLG Bremen in NJW 63, 495

wäre, das Ruderhaus so zu bauen, daß es den in Rede stehenden Mangel nicht aufweisen würde. Da sie dieser Erfüllungsverpflichtung nicht nachgekommen sei, sei sie entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zur Mängelbeseitigung verpflichtet, ohne daß es auf ein Verschulden ihrerseits ankomme.

Dabei geht das Oberlandesgericht davon aus, daß daran auch der ausdrückliche Wunsch der Beklagten nichts ändere, das Ruderhaus in der entsprechenden Höhe zu bauen. Das Oberlandesgericht stellt fest, daß die Äußerung von Wünschen des Bestellers den Unternehmer nicht von seiner ihm gesetzlich obliegenden Verantwortung befreie. Er sei derjenige, der die erforderliche Fach- und Sachkunde aufweise. In dem Wunsch der Beklagten sei keine "Freizeichnung" von Gewährleistung zu sehen, da eine solche Willensäußerung im Einzelfall nur in einer bindenden, dem Unternehmer keine andere Möglichkeit lassenden Anweisung, bzw. einem beharrlichen Bestehen auf einen bestimmten Wunsch gesehen werden könne.

Der Senat führt weiter aus, daß eine Anwendung des § 254 BGB schon daran scheitere, daß diese Bestimmung nur gegenüber Schadensersatzansprüchen in Frage komme, und es sich hier nicht um einen solchen handle. Eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB sei mangels entsprechendem Grundgedankens kein Raum. Deshalb könne unerörtert bleiben, ob und in welchem Umfang mitwirkende und schuldhaft Verursachung im Sinne des § 254 BGB auf seiten des Beklagten in Frage komme.

Auch bei dieser Entscheidung ist zu bedauern, daß der Senat den Grundgedanken des § 254 BGB anspricht, ohne jedoch auch nur grob skizziert den Inhalt dieses Grundgedankens aufzuzeigen. Dies ist nicht nur in methodischer Hinsicht zu bemängeln, sondern stellt auch für die betroffenen Parteien - insbesondere gegenüber demjenigen, dem die Anwendung des § 254 BGB zur Durchsetzung seiner Rechtsposition gedient hätte - eine Unter-

lassung dar. Im vorliegenden Fall mußte von seiten des Gerichtes die entsprechende Anwendung des § 254 BGB als ernsthafte Möglichkeit gewertet werden, den Anspruch der Gegenseite zu kürzen. Allein schon aus diesen Gründen wäre der Senat gehalten gewesen, der betreffenden Partei im einzelnen zu erklären, warum § 254 BGB keine Anwendung findet. Der pauschale Hinweis auf den fehlenden Grundgedanken kann das Gericht nicht von seiner Pflicht entbinden, seine Urteilsgründe in nachvollziehbarer Weise zu gestalten.

- b) Die Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf das Gewährleistungsrecht im Rahmen des Werkvertrages setzt zunächst die Beantwortung der Frage voraus, welche Rechtsnatur die Gewährleistungsvorschriften haben. Dadurch, daß das Gesetz dem Unternehmer - im Gegensatz zum Kaufrecht - ein Nachbesserungsrecht zubilligt, könnte man sich auf den Standpunkt stellen, daß hier im Gegensatz zum Spezieskauf die Gewährleistungsvorschriften der unmittelbaren Durchsetzung des Erfüllungsanspruches dienen.

Aus diesem Grund ist die herrschende Meinung¹⁾ auch der Ansicht, daß der Beseitigungsanspruch nichts anderes sei, als der Erfüllungsanspruch in modifizierter Gestalt. Wenn die Beseitigung nicht möglich oder mißlungen sei, ginge der Erfüllungsanspruch immer noch oder nun wieder auf Herstellung des vertragsgemäßen Werkes, d.h. nun auf Neuherstellung²⁾.

Unter den Voraussetzungen der §§ 634 Abs.1 und Abs.2 BGB tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruches das Recht, Wandlung oder Minderung zu verlangen. Das Recht auf Wandlung ist dann ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindert (§ 634 Abs.3 BGB). Es handelt sich hierbei um die Rechtsfolge der

1) vgl. BGHZ 26, 340; BGH in NJW 63, 806

2) vgl. Larenz, Besonderer Teil des Schuldrechts, S.264

Nichterfüllung. Da der Unternehmer mangelfreie Herstellung als Inhalt seiner Leistung schuldet, bedarf es hier, anders als beim Stückkauf, keiner neben der Leistungspflicht einhergehenden Gewährleistung. Die für den Kauf oben abgelehnte Ansicht, die Mängelansprüche seien keine Ansprüche aus einer besonderen Gewähr sondern Ersatzerfüllungsansprüche, trifft für den Werkvertrag zu¹⁾. Auch der Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB ist ein echter Anspruch wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht.

- c) Dies bedeutet, daß im Rahmen der Gewährleistungsrechte des Werkvertrages etwas anderes gelten muß, als dies im Kaufrecht der Fall ist. Die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts dienen nur der Durchsetzung der Erfüllung. Ihre Berechtigung hat dies darin, daß der Unternehmer - im Gegensatz zum Verkäufer beim Kaufrecht - bis zur Abnahme des Werkes regelmäßig die Möglichkeit hat, das Werk entsprechend den Wünschen des Bestellers herzurichten. Er ist es, dem die fachliche Ausführung des Werkes obliegt, da er dies auf Grund des Werkvertrages als vertragliche Pflicht übernommen hat. Abgesehen davon, daß die Qualifizierung der Gewährleistungsvorschriften im Werkvertragsrecht als Inhalt der Erfüllungsverpflichtung aus obengenannten Gründen eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB verbietet, fehlt es auf seiten des Bestellers auch an einem Zurechnungskriterium hinsichtlich des eingetretenen Mangels. Der Werkunternehmer hat im Rahmen seines Fachbereiches kompetent zu sein. Auch wenn der Besteller - wie im oben beschriebenen Fall - bestimmte Vorstellungen äußert, wäre es Aufgabe des Werkunternehmers, seine Arbeit im Hinblick auf die Wünsche des Bestellers abzuschätzen und diesen dahingehend zu beraten. Der Wunsch des Bestellers erfüllt nicht die Voraussetzung einer zurechenbaren Verantwortlichkeit für den Eintritt des Schadens bzw. Mangels.

1) vgl. Larenz, Besonderer Teil des Schuldrechts, S.265

Wenn andererseits entgegen den Warnungen des Unternehmers eine zwingende Order des Bestellers vorliegt, so ist nicht einzusehen, daß der Unternehmer für den dadurch entstandenen Schaden mithaftet. Er hat in diesem Fall gerade das erfüllt, was der Besteller ausdrücklich verlangte. Soweit jedoch die Wünsche des Bestellers laienhaften Vorstellungen und Anregungen entsprechen, ist der Unternehmer gehalten, unter Berücksichtigung des mit dem Werk beabsichtigten Zweckes den Besteller entsprechend zu beraten.

In anderen Fällen der Mitverantwortlichkeit des Bestellers hat § 645 BGB eine Regelung gefunden, die den Interessen des Unternehmers gerecht wird.

Für eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB ist somit kein Raum.

3. VOB

- a) Ergiebigere Quellen zu der Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB finden sich im Rahmen des Gewährleistungsanspruches nach der VOB.

Bei letzterem handelt es sich um den ursprünglichen Gewährleistungsanspruch, weil die VOB weder Gesetz noch Rechtsverordnung darstellt. Ihrer Rechtsnatur nach handelt es sich bei der VOB lediglich um Bedingungen, die, um Anwendung zu finden, im konkreten Einzelfall zwischen den Partnern des Bauvertrags vereinbart sein müssen¹⁾. Auch die auf die Bedürfnisse der Bauwirtschaft zugeschnittenen Bestimmungen regeln nicht die Aufteilung der Gefahr der zufälligen Zerstörung oder Beschädigung der Bauleistung²⁾. Damit ist auch im Rahmen der durch die VOB vertraglich geregelten Beziehungen insoweit keine

1) vgl. Ingenstau/Korbion, Teil a+b, S.87

2) vgl. BGHZ 61, 144 (147)

ausdrückliche Regelung gegeben. Im vorliegenden Fall stellt sich jedoch die Problematik des Schweigens des Gesetzes in dem Fall von einzelvertraglichen Abreden nicht, da beim Vorliegen von allgemeinen Bedingungen dann ein ungeregelter Fall gegeben ist, wenn dieser Komplex von den Vertragsparteien nicht angesprochen und geregelt wurde. Es kommt in diesem Falle zu einem Rückgriff auf die allgemein gesetzlichen Vorschriften, so daß im Hinblick auf die Lücke dieselben Antworten gegeben werden müssen, wie das oben unter allgemeiner Gewährleistung im Rahmen des Werkvertragsrechtes der Fall gewesen ist.

Die Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB stellt sich somit im Grunde genommen nicht. Dennoch ist Rechtssprechung und Literatur hierauf eingegangen. Dabei sind zweierlei Fallkonstellationen ersichtlich.

- b) Es liegt zwar ein nachteiliges Ergebnis vor, dieses wurde jedoch nicht von den Parteien verursacht, sondern ist vielmehr auf höhere Gewalt zurückzuführen.

Hier führt der Bundesgerichtshof¹⁾, im Gegensatz zu dem den Sachverhalt zunächst als Berufungsgericht behandelnden Oberlandesgericht Saarbrücken²⁾, aus, daß eine entsprechende Anwendung nur dann in Erwägung gezogen werden könne, wenn seitens des Betroffenen eine Mitverursachung vorläge. Da dies bei schädigenden Ereignissen auf Grund der höheren Gewalt nicht der Fall sei, käme eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nicht in Betracht.

Diese Aussage des Bundesgerichtshofes ist zutreffend. Nach dem oben dargestellten Rechtsgedanken des § 254 Abs.1 BGB setzt er zumindest voraus, daß der Beschädigte

1) BGHZ 61, 144

2) OLG Saarbrücken in NJW 72, 1761

ein Zurechnungskriterium erfüllt. Bei höherer Gewalt ist dies nicht gegeben, auch nicht bezüglich einer Sachzuständigkeit, die mangels Abnahme des Werkes noch nicht gegeben ist.

Würde man § 254 Abs.1 BGB auch in den Fällen anwenden, wo das Ereignis auf Grund höherer Gewalt eingetreten ist, so würde diese Vorschrift eine Soziabilitäts-schranke¹⁾ darstellen, was jedoch den Anwendungsbe- reich richterlicher Rechtsfortbildung sprengen würde. Dennoch vertrat das Oberlandesgericht Saarbrücken in demselben von dem Bundesgerichtshof zu beurteilenden Fall eine derartige Ansicht²⁾. Dabei berief sich das Gericht auf die Tatsache, daß eine entsprechende An- wendung des § 254 BGB auch in den Fällen erfolgt sei, in denen der Geschädigte auf Grund einer von ihm zu ver- tretenden Sach- oder Betriebsgefahr für den Schaden mit- verantwortlich sei. Dies gelte im zunehmenden Maße auch für die schuldlose Mitverursachung außerhalb des Rahmens der Gefährdungshaftung. Hierzu berief sich der Senat auf ein Urteil des Reichsgerichtes³⁾ und Entscheidungen des Bundesgerichtshofes⁴⁾.

Der Senat geht davon aus, daß eine Schadensteilung der Billigkeit entspreche. Es erscheine nämlich als nahe- liegend, die Fälle der zufälligen nachträglichen Unmög- lichkeit - in denen § 254 BGB entsprechend angewendet werde - mit denen der Erschütterung der Geschäftsgrund- lage zu vergleichen, in denen durch ein unerwartetes, von keiner Partei zu vertretendes Ereignis eine wesent- liche Störung des Austauschverhältnisses eintrete mit der Folge, daß damit die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung aufgehoben werden würde.

1) vgl. zu diesem Begriff Mertens in FamRZ 68, 131; in Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S.102

2) OLG Saarbrücken in NJW 72, 1761

3) RGZ 138, 327 (330)

4) BGH in WM 64, 1102 (1104) und BGH in NJW 69, 1380 Nr.2

Das Oberlandesgericht führt weiter aus, daß nach Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) in diesen Fällen ein Ausgleichsanspruch zu gewähren sei. Im Gegensatz zu Verträgen mit aleatorischen Charakter ständen sich die Parteien beim Werkvertrag nicht wie Spekulanten gegenüber, sondern hätten beiderseitige Interessen an der Erhaltung des Werkes. Gerade hier wäre es unbillig, wenn der zufällige Verlauf der Kausalereignisse darüber entscheiden sollte, ob in einem Augenblick noch der Auftragnehmer die volle Gefahr des Schadens tragen müßte und im anderen Augenblick - gerade durch die Erhöhung der Gefahr - von dieser Gefahr wieder gänzlich freigestellt werden würde.

Abschließend stellt der Senat fest, daß er aus all diesen Gründen grundsätzlich die entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf § 7 I VOB (B) bejahe.

Gerade diese Entscheidung zeigt, in welchem Maße es notwendig ist, die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB dogmatisch zu untermauern. Der Senat ist nämlich in einer Weise vorgegangen, die den Grundsätzen richterlicher Rechtsfortbildung widerspricht¹⁾. Einerseits hat er letzteres in einer Weise getan, die, wenn nicht der Bundesgerichtshof das Urteil aufgehoben hätte, weitreichende Bedeutung tragen würde, andererseits hat er jedoch seine Entscheidung nicht in methodischer Weise vollzogen, sondern vielmehr durch Vergleiche, die an das Billigkeitsgefühl appellieren. Letztlich hat der Senat - mit Ausnahme von Verträgen mit aleatorischem Charakter - die Anwendbarkeit des § 254 BGB für alle Fälle bejaht, in denen sich eine Schadensteilung anbietet. Eine solche weitreichende Aussage hätte jedoch die Überprüfung der Frage erfordert, ob der gesetzgeberische Grundgedanke

1) vgl. auch Wieacker in Zur rechtstheoretischen Präzisierung ..., der diese Tendenz, neben § 254 BGB noch aus § 242 BGB eine selbständige Beschränkung der Schadensersatzpflicht abzuleiten, mißbilligt.

des § 254 BGB eine derartige Analogie noch verträgt, oder ob es sich hierbei nicht um eine Anwendung handelt, die den Rahmen des Gesetzes sprengt. Dies setzt jedoch eine Definition des Rechtsgedankens des § 254 BGB voraus, was von dem Oberlandesgericht Saarbrücken nicht durchgeführt wurde. Wäre dies getan worden, so hätte man festgestellt, daß der § 254 BGB ein Zurechnungskriterium zu Lasten des Beschädigten erfordert.

Die Frage ist, ob man auf ein derartiges Zurechnungskriterium verzichten kann und den § 254 BGB auch dort entsprechende Anwendung finden lassen kann, in denen eine Verursachung nicht vorliegt.

Wenn man dahingehend den Rechtsgedanken des § 254 BGB auslegt, so findet dies m.E. keine Stütze im Gesetz. Abgesehen davon, daß eine Zurechnung ohne entsprechende Verantwortlichkeit auf Seiten des Beschädigten dem Wortlaut der Vorschrift des § 254 BGB widerspricht, ist sie auch mit dem Rechtsgedanken - wie er oben dargestellt wurde - nicht vereinbar. Eine derartige Auslegung steht im Widerspruch zu dem System des Gesetzes, da § 254 BGB im Schadensersatzrecht angesiedelt ist. Gerade das Schadensersatzrecht dient jedoch dem Ausgleich konkret zu-rechenbaren Verhaltens.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Saarbrücken ist m.E. somit unzutreffend.

- c) Die Frage ist jedoch, wie es sich mit einer entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB verhält, wenn das schädigende Verhalten auch von dem Beschädigten in zu-rechenbarer Weise mitverursacht wurde. Hierbei besteht eine unterschiedliche und bemerkenswerte Rechtsprechung.

Der Bundesgerichtshof stellt in diesen Fällen fest, daß § 254 BGB keine Anwendung finden könne, weil es sich bei

den zur Frage stehenden Ansprüchen nicht um Schadensersatzansprüche handle. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) könnten jedoch auch Ansprüche aus Mängelbeseitigung in ihrem Umfang durch das Verhalten des Architekten beeinflußt werden¹⁾.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist m.E. widersprüchlich.

Einerseits vertritt der Bundesgerichtshof²⁾ weitgehend die Auffassung, daß es sich bei § 254 BGB letztlich um einen Unterfall des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben handle, andererseits läßt er jedoch in einem potentiellen Anwendungsfall nicht diesen - auf das spezielle Problem der Haftungsteilung zugeschnittenen Unterfall - Anwendung finden, sondern greift auf den Obersatz zurück.

Schließlich vertritt der BGH vorliegend - im Gegensatz zu seiner sonstigen Auffassung - die Ansicht, daß § 254 BGB nur in Fällen des Schadensersatzrechtes angewendet werden könne. Diese Zurückhaltung des Bundesgerichtshofes ist nicht einzusehen, da er an anderer Stelle³⁾ durchaus die entsprechende Anwendung des § 254 BGB erwägt und auch zur Geltung bringt.

Wie bereits oben ausgeführt, geht der Bundesgerichtshof m.E. methodisch nicht in der richtigen Weise vor. Wenn man davon ausgeht, daß die VOB Vertragsbedingungen sind, denen kein Rechtsnormcharakter zukommt, so kann es sich gar nicht um die Frage handeln, ob § 254 BGB entsprechend anwendbar ist, sondern vielmehr müßte für den Fall, wo die Vertragsbedingungen keine Regelung enthalten, die

1) vgl. BGHZ VII ZR 61/63 - Urteil v. 3.12.64; BGH in Betrieb 1961, 569; BGH in Schäfer/Finnern Z 2400 Bl.41 ff; BGH in Schäfer/Finnern Z 2414 Bl.146 ff.

2) vgl. S. 44 der vorliegenden Arbeit

3) vgl. S. 144 der vorliegenden Arbeit

alte Handhabung wieder Anwendung finden. Dies heißt im konkreten Fall, daß in der Regel die Gewährleistungsvorschriften für das Werkvertragsrecht anwendbar sind, und da diese auch keinen dem § 254 BGB entsprechende Regel enthalten, daß die analoge Anwendung des § 254 BGB im Rahmen der Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechtes überprüft werden muß.

Die Frage einer entsprechenden Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB auf die Vorschriften der VOB stellt sich deshalb nicht, weil im Rahmen von Vertragsbedingungen lediglich die Frage der ergänzenden Auslegung eine Rolle spielen kann und nicht das Problem einer entsprechenden Anwendung.

IV. Auftrag

Im Rahmen des Auftragsrechtes ist es § 670 BGB, bei dem sich eine Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB anbietet.

1. Zunächst ist zu klären, was unter Aufwendungen zu verstehen ist.

Aufwendungen sind Vermögensopfer, die der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrages freiwillig oder auf Weisung des Auftraggebers macht¹⁾. Darüberhinaus sind Aufwendungen auch die Vermögensopfer, die sich als notwendige Folge der Ausführung ergeben, z.B. Steuern oder Kosten eines Rechtsstreits u.a.²⁾. Ebenso stellt die Eingehung einer Verbindlichkeit zur Ausführung des Auftrages eine Aufwendung im Sinne des § 670 BGB dar³⁾. Derartige Aufwendungen werden dem Auftragnehmer gem.

1) so RGZ 95, 51

2) vgl. BGHZ 8, 222 (229)

3) vgl. Palandt-Thomas, § 670 Nr. 2 a

§ 670 BGB ersetzt; insoweit gibt diese Vorschrift auch keinen Schadensersatzanspruch, sondern lediglich einen Wertersatzanspruch¹⁾. Dementsprechend käme auch nur eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB in Betracht.

Problematischer und auch kontroverser²⁾ ist dagegen die Frage, ob auch Unfallsschäden "Aufwendungen" i.S. des § 670 BGB sind, und - wenn ja - ob es sich hierbei um einen Schadensersatzanspruch handelt.

Nach herrschender Meinung ist in Unfallsschäden, die der Beauftragte bei Durchführung des Auftrages erleidet, dann eine Aufwendung im Sinne des § 670 BGB zu sehen, wenn der Beauftragte ein mit der Ausführung des Auftrages verbundenes Schadensrisiko freiwillig auf sich nimmt. Dies ist der Fall, wenn mit der Ausführung des Auftrages seiner Natur nach oder aus Gründen besonderer Umstände eine beiden Beteiligten erkennbare Gefahr für den Beauftragten verbunden ist³⁾.

Einige Autoren⁴⁾ billigen nun dem Beauftragten einen Ersatz solcher Schäden, die er bei Ausführung des Auftrages erleidet, auf Grund einer auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhenden Risikohaftung des Geschäftsherrn für die spezifischen Gefahren der in seinem Interesse erfolgten Tätigkeit zu⁵⁾. In diesem Fall handelt es sich um einen Anspruch auf Schadensersatz⁶⁾, so daß eine mitwirkende Nachlässigkeit des Beauftragten den Ersatzanspruch in Anwendung des § 254 Abs.1 BGB mindern oder gar aufheben würde.⁷⁾

1) vgl. Palandt-Thomas, § 670 Nr. 2 a

2) vgl. dazu die Darstellung bei Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil S.304, 305 m.w.N.

3) so BGHZ 38, 270 (277)

4) vgl. Canaris in RdA 66, 49; Genius in AcP 173, 481 ff.; Erman, Nr.8 zu § 670; Palandt-Thomas, § 670 Nr.3 b

5) Dabei sieht allerdings Genius in AcP 173, 481 (523) das Anwendungsgebiet dieser Risikohaftung enger als Canaris.

6) vgl. Larenz, Schuldrecht BT, S.305 und in JuS 65, 373(375)

7) so Larenz in JuS 65, 373 (375)

Durch diese Konstruktion wird nach der Ansicht der genannten Autoren die direkte Anwendung des § 254 BGB eröffnet.

2. Folgt man jedoch der herrschenden Meinung, dann bleibt die grundsätzliche Frage bestehen, ob § 670 BGB - und zwar für die freiwilligen und die unfreiwilligen Aufwendungen - grundsätzlich eine analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB verträgt oder nicht.

- a) Dem Oberlandesgericht Celle lag im Rahmen der unfreiwilligen Aufwendung nachfolgender Fall zur Entscheidung vor¹⁾, der hier vereinfacht wiedergegeben werden soll.

Noch vor dem Bau der "Mauer" hatte der Kläger auf Wunsch des Beklagten aus dessen Ostberliner Wohnung verschiedene Gegenstände geholt, um diese gegen behördliche Verbote der dortigen Dienststellen in den Westen zu schaffen. Auf dem Rückweg wurde er am Sektorenübergang festgenommen und wegen Begünstigung zur Republikflucht des Beklagten zu 4 Monaten Gefängnis verurteilt. Sein für die Fahrt benutztes Kraftfahrzeug wurde eingezogen. Der Kläger machte nun den Schaden geltend, der ihm durch Verdiensteusfall und Verlust des Kraftfahrzeuges entstanden ist.

Das Oberlandesgericht stellt zunächst fest, daß zwischen den Parteien ein Auftrag gem. § 662 BGB zustande gekommen ist. Der Senat geht dann auf das oben angesprochene Problem ein, ob auch unfreiwillige Opfer unter den Begriff der Aufwendung nach § 670 BGB fallen.

1) vgl. OLG Celle in NJW 65, 2348

Dabei stellt sich das Gericht insbesondere gegen die von Teilen der Literatur konstruierte Garantieerklärung, indem es ausführt, daß es sich hierbei lediglich um eine Fiktion handle, die dem Wunsch entspräche, Treu und Glauben Rechnung zu tragen. Dies sei jedoch keine Auslegung des Willens mehr, sondern Inhaltsbestimmung der schuldrechtlichen Verpflichtung nach Grundsätzen der Gerechtigkeit und von Treu und Glauben. Das Oberlandesgericht stellt fest, daß es auch unfreiwillige Opfer als Aufwendungen i.S. des § 670 BGB ansehe, ohne im einzelnen darauf einzugehen, welchem methodischen Lösungsweg es zuspricht¹⁾.

Bei der Frage der Entschädigung stellt der Senat fest, daß in jedem Fall bei Bemessung der Entschädigung den Umständen des Einzelfalles nach Treu und Glauben und der Billigkeit Rechnung zu tragen ist. Die Eigenart der Fälle ließe nämlich nicht zu, das Prinzip des vollen Ersatzes aller sachgemäßen Aufwendungen, das im Auftragsrecht sonst gilt, folgerichtig durchzuführen, da es sich nicht um einen eigentlichen Schadensersatzanspruch handle. Vielmehr müsse dem Richter eine gewisse Freiheit bei der Bemessung des Ersatzanspruches eingeräumt werden, damit er den Umständen Rechnung tragen könne. Da der Anspruch des Beauftragten auf Ersatz seiner Schäden erst von der Rechtsprechung entwickelt und ausgestaltet worden sei, verstoße es auch nicht gegen den Grundsatz der Bindung des Richters an

1) Nämlich wie die einen durch entsprechende Anwendung des § 670 BGB - so RGZ 98, 199; BGH in Vers.k 57, 388; BGHZ 33, 251; BGHZ 38, 277 - oder von einem allgemeinen Rechtsgedanken - so Feaux de la Croix in JW 39, 457 ff. -; oder auf der Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben - so Staudinger-Nipperdey, § 670 Nr.12

das Gesetz, wenn die richterliche Rechtsfortbildung bei Bemessung des Schadensersatzanspruches den Besonderheiten Rechnung trage, die der Gesetzgeber bei Regelung des Aufwendungsersatzes nicht erwogen habe. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, wenn infolge der Vermögensverhältnisse der Beteiligten die Belastung des einen oder anderen außergewöhnlich schwer erscheine.

Auch dem Mitverschulden des Beauftragten komme im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung Bedeutung zu, da es nach Treu und Glauben bei der Bemessung der Entschädigung nicht ganz unberücksichtigt bleiben könne, wenn sich der Geschädigte der drohenden Gefahr bewußt ausgesetzt habe. Auch deshalb erscheine es gerechtfertigt, eine Regelung in Anlehnung an § 254 BGB zu suchen, die dem vom Geschädigten zu vertretenden eigenen Verhalten, besonders einer leichtfertigen Selbstgefährdung, Bedeutung für die Haftung des anderen Beteiligten beimesse und wesentlich auf den in § 242 BGB verankerten Gedanken über die Folgen widersprüchlichen Verhaltens beruhe.

Nach der Lektüre dieser Entscheidung muß man sich fragen, was das Oberlandesgericht unter Anlehnung an § 254 BGB versteht.

Soll dies bedeuten, daß diese Vorschrift analog angewendet werden kann, oder will hiermit das Gericht einen neuen methodischen Weg schaffen, Rechtsnormen da zur Geltung zu bringen, wo sie ihrem Wortlaut und ihrer Stellung nach ursprünglich nicht gedacht sind.

Das oben dargestellte Urteil berief sich in seinen Gründen auf eine Entscheidung des Reichsgerichtes¹⁾. Auch dabei ging es um einen Fall, in dem der Kläger im Rahmen eines Auftrags einen Personenschaden erlitten hat, den er durch die Klage geltend machte. Das Reichsgericht stellt fest, daß für diese unfreiwilligen Opfer § 670 BGB anwendbar sei und führt weiter aus, "daß gegen die Anwendung des § 254 BGB keine Bedenken beständen". Mit keinem Wort geht das Reichsgericht auf die vorliegende Problematik ein, daß es sich bei § 670 BGB nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, und daß § 254 BGB somit nur analog angewendet werden kann.

Das Bundesarbeitsgericht war mit diesem Problem ebenfalls befaßt²⁾.

Hier war es eine Gruppe von Arbeitern, die täglich im Privatwagen eines der Kollegen zur Arbeitsstelle fuhr. Als dieser eine längere Strafhaft antreten mußte, überließ er das Fahrzeug dem Beklagten. Da dieser am Tage zuvor Alkohol getrunken hatte, bat er eines Tages den Kläger, an seiner Stelle den Wagen zur Arbeitsstelle zu fahren. Dabei kam es zu einem Unfall.

Auch hier bejaht das Bundesarbeitsgericht die grundsätzliche Anwendung des § 254 BGB und führt aus, daß prinzipiell im Rahmen des § 670 BGB auch § 254 BGB gelte, dieser jedoch im vorliegenden Fall aus tatsächlichen Gründen keine Anwendung finden könne.

Einen Fall von bewußt gemachten Aufwendungen behandelte der Bundesgerichtshof³⁾. Er führte dabei aus, daß der § 254 BGB im Falle des Aufwendungsersatzes nicht anwendbar sei, da für Art und Umfang des Ersatzanspruches

1) RGZ 94, 172

2) vgl. BAG in Betr. 70, 546

3) BGHZ 8, 222

allein die Vorschriften der §§ 670, 675 BGB maßgebend seien¹⁾.

- b) Im Rahmen des § 670 BGB sind sowohl bezüglich freiwilliger wie auch unfreiwilliger Aufwendungen eine Fülle von Fällen denkbar, in denen sich eine Schadensteilung aufdrängt.

Was unternimmt der Auftraggeber, wenn er mit einer Aufwendung konfrontiert wird, die ihrem Grunde nach berechtigt, jedoch auf Grund größter Sorglosigkeit in ihren Kosten wesentlich zu hoch ist, so wenn der Beauftragte, ohne einen Preisvergleich angestellt zu haben, gerade im teuersten Geschäft kauft, den teuersten Unternehmer einschaltet oder sich der teuersten Hilfsmittel zur Durchführung seines Auftrages bedient.

Ebenso problematisch gestaltet sich der Fall, in dem die Aufwendung zwar erforderlich ist und auch preislich gerechtfertigt, jedoch auf Grund von Sorglosigkeit des Auftragnehmers eine Sache gekauft wird, die wegen strafbarer Erlangung nicht in das Eigentum des Auftragnehmers übergehen kann. Schließlich sind auch die Fälle denkbar, in denen ein unfreiwilliges Opfer dadurch noch besonders groß ausgefallen ist, daß sich der Auftragnehmer sehr ungeschickt verhalten hat.

Die Frage ist, ob sich derartige Fälle nicht unmittelbar aus dem § 670 BGB regeln lassen.

Darin heißt es zunächst einmal, daß die Aufwendungen zu ersetzen sind, die den Umständen nach von den Beauftragten für erforderlich gehalten werden konnten. Nach herrschender Meinung²⁾ ist hierfür ein objektiver Maßstab mit subjektivem Einschlag bestimmend. Der Beauftragte

1) Leider ist auch bei dieser Entscheidung festzustellen, daß die Rechtsprechung demjenigen, der einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB eine genauere methodische Untersuchung unterziehen will, wenig Hilfe leistet.

2) vgl. Palandt-Thomas, § 670 Nr. 2'c

hat nach seinem verständigen Ermessen auf Grund sorgfältiger Prüfung bei Berücksichtigung aller Umstände über die Notwendigkeit der Aufwendung zu entscheiden¹⁾.

Offen bleibt, ob sich dieser Halbsatz auf das "ob" oder auf das "wie" der Aufwendungen bezieht. Wäre nämlich letzteres der Fall, so könnte man darüber die denkbaren Anwendungsfälle des § 254 Abs.1 BGB durch eine den Geboten des § 242 BGB entsprechende Auslegung lösen.

Der Grundgedanke des § 670 BGB ist der, daß der Beauftragte, wenn er schon seine Zeit und seine Arbeitskraft unentgeltlich in den Dienst des Auftraggebers stellt, nicht noch besondere Vermögensopfer erbringen soll. Deshalb kann er auch Ersatz nicht nur solcher von ihm gemachter Aufwendungen verlangen, die objektiv erforderlich waren, sondern auch solcher, die er nur subjektiv den Umständen nach für erforderlich halten durfte. § 670 BGB dient somit der Schadloshaltung des Beauftragten.

Andererseits soll jedoch der Auftraggeber nicht in die Lage kommen, nur deshalb ,weil er jemanden beauftragt hat, diesem auch freie Hand zur Durchführung von Ausgaben in beliebiger Art und Weise gegeben zu haben. Der zweite Halbsatz des § 670 BGB zielt dementsprechend dahin, die Aufwendungen zu verhindern, die sinnlos sind. Sinnlos und dem Auftrag nicht gerecht werdende Aufwendungen sind allerdings auch diejenigen, die zwar ihrem Grund nach gerechtfertigt, jedoch in ihrer Ausführung oder Gestaltung den Auftraggeber unbillig belasten. Verlangt man von dem Auftragnehmer eine Prüfung bei der Frage des "ob" der Aufwendungen, so ist ihm dies auch bei der Frage des "wie" zuzumuten. Aus diesem Grund ist es folgerichtig, den zweiten Halbsatz des § 670 BGB insgesamt als eine Prüfungsklausel für die Frage der Berechtigung der Aufwendungen zu sehen.

1) vgl. Motive, **BGB** Ed.II, S.541;
RGZ 149, 205

Damit ist jedoch festzustellen, daß für § 254 Abs.1 BGB als Eröffnungsnorm kein Raum mehr ist, da die Regelung des § 670 BGB in Form einer extensiven Ausdehnung - zumal sie dem Problem wesentlich näher steht - besser geeignet ist, die Lücke - soweit eine solche besteht - zu füllen. Die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB als Eröffnungsnorm führt - zumindest im Rahmen der freiwilligen Aufwendungen - zu keinen anderen Rechtsfolgen. Die oben dargestellten Fälle sind durch eine extensive oder ggf. durch eine analoge Anwendung des zweiten Halbsatzes des § 670 BGB sachgerechter zu lösen. Dies deshalb, weil sich der § 254 Abs.1 BGB bei der Frage des zurechenbaren Verhaltens wiederum der Aussage des § 670 BGB bedienen müßte, da hier festgestellt wird, daß das zurechenbare Verhalten des Beauftragten in dem Unterlassen einer Prüfung besteht, was nach den Umständen erforderlich oder nicht erforderlich ist.

Dies bestätigen auch die Motive des Gesetzgebers¹⁾, in denen zum damaligen § 595 ausgeführt ist, daß für die Frage des Aufwendungsersatzes nicht die "Notwendigkeit oder Nützlichkeit der Aufwendung zu konstatieren sei", sondern daß es genüge, wenn der Beauftragte "bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Aufwendung als erforderlich zum Zwecke der Ausführung des Auftrages anzusehen hatte".

Damit stellt der Gesetzgeber einen Maßstab auf, an dem die Frage der Angemessenheit und Berechtigung der Aufwendung zu prüfen ist.

Bei der unfreiwilligen Aufwendung verhält es sich allerdings nicht so eindeutig. Hier sind Fallkonstellationen denkbar, bei denen die Anwendung des § 670 BGB im Wege einer extensiven Auslegung zweifelhaft ist.

Verschuldet der Auftragnehmer bei Ausführung des Auftrages einen Unfall und verletzt sich dabei, so erscheint die Regelung des § 670 2.Halbsatz BGB als aus-

1) vgl. Motive, BGB, Bd.II, S.541

reichend. Verstößt nämlich seine Sorgfalt gegen die eines "ordentlichen Hausvaters", so ist ihm die unfreiwillige Aufwendung nicht zu ersetzen, wobei sich der Sorgfaltsmaßstab danach richtet, was der Auftragnehmer zum Zwecke der Ausführung des Auftrages als erforderlich anzusehen hatte. Letzterer Prüfungsmaßstab umfaßt auch die Fälle, bei denen der Auftragnehmer zwar sorgfaltswidrig gehandelt hat, dies jedoch im Rahmen einer Tätigkeit, die der Gefahr einer Unvorsichtigkeit nahesteht. Hat der Auftraggeber eine Sache möglichst rasch an einen anderen Ort zu bringen, so hat sich der Sorgfaltsmaßstab, den man für seine Fahrweise ansetzt, danach auszurichten, daß die Eigenart des Auftrages eine zügige Fahrweise und damit die Erhöhung der Gefahr einer unfreiwilligen Aufwendung voraussetzt.

Dies zeigt, daß auch derartige Fälle über eine extensive, bzw. analoge Anwendung des § 670 2. Halbsatz BGB zu lösen sind.

Anders liegt der Fall jedoch bei dem Sachverhalt, den das Oberlandesgericht Celle¹⁾ in oben beschriebenem Fall zu entscheiden hatte. Hier hatte sich der Auftragnehmer nicht besonders ungeschickt verhalten oder sonst jegliche Sorgfalt bei der Durchführung des Auftrages außer Acht gelassen, er hat vielmehr bei der Annahme des Auftrages ein Risiko auf sich genommen, das die Anwendbarkeit des § 670 BGB fragwürdig macht. In dem vorliegenden Sachverhalt entwickelte sich nicht aus einem bestehenden Rechtsverhältnis eine negative Folge, die den Beteiligten zuzuordnen ist, sondern vielmehr hing der Eintritt des Schadens von Umständen ab, die außerhalb der Beziehung der Beteiligten standen und von diesen nur dadurch beeinflußt werden konnten, daß sie auf die Durchführung des Auftrages, d.h. also auf ihre Rechtsbeziehung völlig verzichteten.

1) OLG Celle in NJW 65, 2348

Damit ändert sich jedoch die Qualität der konkreten Rechtsbeziehung in einer Weise, die sie dem Anwendungsbereich des § 254 Abs.1 BGB entzieht. Wenn nämlich die Zuordnung des Schadensereignisses auf seiten des Geschädigten nur noch darin besteht, daß er eine gefahrgeneigte Tätigkeit übernommen hat, dann ist der Eintritt der Gefahr keine Störung der unmittelbaren Vertragsbeziehung mehr, sondern lediglich die Verwirklichung des der Eigenart der vertraglichen Beziehung innewohnenden Risikos. Hier ist es tatsächlich nur der § 242 BGB, der die Ersatzfähigkeit der unfreiwilligen Aufwendungen beurteilt. Die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB würde sich zu weit von dessen Wortlaut und rechtssystematischen Standort entfernen, als daß sie als gangbare Lösung erscheint¹⁾.

Damit besteht im Rahmen des Auftragsrechts keine Lücke, so daß eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf § 670 BGB nicht in Betracht kommt.

V. Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag bietet sich die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB bei § 683 BGB an. Im Falle des § 678 BGB ist die Frage einer entsprechenden Anwendung deshalb nicht erörterungswert, da es sich hierbei um einen Schadensersatzanspruch handelt.

§ 683 BGB verweist auf die Vorschrift des Auftragsrechts und damit auf § 670 BGB. Auch in diesem Fall muß im Hin-

1) Anders ist es, wenn es nur um die Frage der Höhe des jeweiligen Anteils an den Folgen der Aufwendung geht; hier zeigen die Abwägungskriterien des § 254 BGB möglicherweise einen Weg, wie man verfahren kann.

blick auf eine analoge Anwendung das gelten, was bereits im Rahmen des Auftragsrechts ausgeführt wurde. Dies ergibt sich nicht allein aus der gesetzlichen Verweisung, sondern auch aus der damit zum Ausdruck gekommenen übereinstimmenden Interessenlage, die der Vorschrift des § 670 BGB und der des § 683 BGB zugrunde liegt.

Die Eigenart der im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag auftretenden Fälle ergibt jedoch, daß auch außerhalb der oben dargelegten Problemstellung Sachverhalte denkbar sind, die eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nahelegen. Dabei handelt es sich um den Fall, daß ein Autofahrer einem Minderjährigen, der nicht schuldhaft handelt, in der Absicht, diesen zu retten - wobei er die Verkehrssituation selbst nicht schuldhaft herbeigeführt hat - ausweicht und dadurch eine Sach- oder Personenschaden erleidet.

Wie dieses Problem am angemessensten zu lösen ist, hat die Gerichte sowie die Literatur beschäftigt.

2. Zunächst einmal wurde auch hier von der herrschenden Meinung anerkannt, daß Schäden, die sich aus der mit Gefahren verbundenen Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben, zu den Aufwendungen i.S. der §§ 683, 670 BGB gehören¹⁾.

Dennoch ist in der höchstrichterlichen Rechtssprechung ein Unbehagen darüber festzustellen, dem Autofahrer seinen Schaden in voller Höhe zu ersetzen.

Die einzige ersichtliche Entscheidung eines höheren deutschen Gerichtes zu dieser Frage, die bei der vorliegenden Problemstellung § 254 Abs.1 BGB analog anwendet, ist die des Oberlandesgerichts Düsseldorf²⁾. In

1) vgl. BGHZ 33, 251 (257)

2) OLG Düsseldorf in DAR 62, 150

seiner Entscheidung stellt der Senat fest, daß derjenige, der einen Verkehrsunfall verursacht, nach den allgemeinen Regeln nur bei Verschulden (§§ 823 ff. BGB) hafte. In einem Fall, wie dem vorliegenden, werde jedoch die Haftung des Gefährdeten, insbesondere des Kindes, trotz Fehlens seiner Schuld bejaht. Dies ergäbe sich aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag. Wenn man einerseits den Betroffenen ohne Verschulden haften lasse, so sei es andererseits gerechtfertigt, auch den Kraftfahrer ohne zurechenbare Verursachung haften zu lassen. Hierfür sei der Anknüpfungspunkt der, daß an dem Vorfall die objektive Gefahr des Kraftfahrzeuges mitgewirkt habe. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß der Kraftfahrer nachweisen könne, daß er jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beachtet habe. Deshalb sei eine Anwendung des § 254 BGB, der letztlich ein Anwendungsfall des § 242 BGB sei, geboten.

In den weiteren Urteilsgründen führt das Gericht aus, daß unter Berücksichtigung der verschiedenen Umstände eine Abwägung des Haftungsanteils nach § 254 BGB vorzunehmen sei.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf begründet nicht, wie es die analoge Anwendung des § 254 BGB methodisch rechtfertigt. Allein die Tatsache, daß es darum geht, den Schaden auf zwei Seiten zu verteilen, rechtfertigt noch nicht die entsprechende Anwendung einer Rechtsnorm. Vielmehr ist zu fragen, ob hier eine Rechtsähnlichkeit der entsprechenden Anwendungsfälle gegeben ist.

3. § 254 BGB setzt - wie oben bereits ausgeführt - den Beteiligten zurechenbare Kriterien voraus. § 254 BGB ist nicht eine Vorschrift, die in jedem Fall die Möglichkeit eröffnet, den Schaden zu verteilen, sondern vielmehr muß ein Mindestmaß an Anknüpfungspunkten gegeben sein, die seinen Grundgedanken im konkreten Sachverhalt beachten. Nach dem Oberlandesgericht Düsseldorf ist dies

deshalb der Fall, weil es hier auf beiden Seiten zu einer Zurechnung aus objektiven Kriterien komme. Auf seiten des Geschäftsherrn die Tatsache, daß der andere in seinem Interesse tätig geworden sei, auf seiten des Geschäftsführers die Vorschriften des Straßenverkehrsgesetzes bezüglich der Halterhaftung.

Geht man davon aus, daß derjenige den Schaden zu tragen hat, der ihn zufällig erleidet, so ist dies regelmäßig der Eigentümer oder Besitzer einer bestimmten Sache. Wenn diese nun von einem anderen schuldhaft zerstört wird, so ist es rechtspolitisch gerechter, daß der andere den Schaden trägt. Hat nun der Geschädigte seinerseits in vorwerfbarer Weise an dem Schaden mitgewirkt, so verbleibt es insoweit bei dem Grundsatz casum sentit dominus. Hierzu wurden im Rahmen der vorliegenden Arbeit bereits Ausführungen gemacht¹⁾.

Wenn man dieselben Überlegungen im vorliegenden Fall anstellt, so ist festzustellen, daß hierbei der Schaden den Eigentümer oder Besitzer deshalb treffen muß, weil in seinem Interesse eine Geschäftsführung erfolgte, bei der Aufwendungen entstanden sind. Dies ist ohne Zweifel der bessere rechtspolitische Zurechnungsgrund.

Wenn nun aber andererseits auch der Geschäftsführer seinerseits durch Setzen eines objektiven Zurechnungskriteriums den Grund für die Aufwendung bewirkt hat, so ist es nach dem OLG Düsseldorf gerecht, ihn einen Teil der Aufwendungen tragen zu lassen.

Dieser Gedankengang erscheint einleuchtend, verkennt jedoch, daß es bei Aufwendungen eben nicht um Schäden geht, für die das casum sentit dominus zutrifft. Vielmehr sind Aufwendungen Ausgaben, die für einen anderen gemacht werden. Diese sind somit auch dem anderen zuzurechnen. Wenn nun Rechtssprechung und Lehre anerkannt haben, daß die Vorschrift über den Aufwendungsersatzanspruch auch

1) vgl. Seite 54 der vorliegenden Arbeit

die Fälle der Schädigung trifft, so sind es auch hier Schäden, die nicht am eigenen Rechtsgut und im eigenen Zufallsbereich liegen, sondern Schäden, die zwar am eigenen Rechtsgut, aber tatsächlich im Dienste für einen anderen aufgetreten sind. Die eigene Sache des Geschäftsführers ist somit aus dem Bereich, in dem zufällige Schädigungen zu Lasten des Eigentümers oder des Besitzers gehen, herausgetreten und durch ihren für einen anderen bestimmten Zweck in dessen Gefährdungs- und Haftungsbereich eingetreten. Dem Geschädigten wird nach oben dargestellter Ansicht der Schaden also nicht auf Grund eigener Sachzuständigkeit angelastet, sondern auf Grund gesetzlicher Haftungsvorschriften gegenüber Dritten. Dies verkehrt jedoch die Absicht der betreffenden Vorschriften, die eine Regelung für die Verantwortung des Fremdschadens treffen, keine Aussage jedoch hinsichtlich des Eigenschadens.

Auf der Seite des Schädigers setzt § 254 BGB ebenfalls einen haftungsbegründeten Vorgang voraus, d.h. eine schädigende Handlung. Der Geschäftsherr haftet hier lediglich aus Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei es gleichgültig ist, ob er eine Ursache für den Schadenseintritt gesetzt hat¹⁾.

§ 254 BGB liegt also seinem Grundgedanken und seiner Systematik nach auch nicht auf Seiten des Schädigers vor.

Damit ist eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB ausgeschlossen.

Dieser Ansicht ist auch Belemann²⁾, der allerdings auf Grund seiner Definition des Rechtsgedankens des § 254 BGB zu einer Ablehnung kommt. Er führt aus, daß eine verantwortliche Mitverursachung dann vorliege, wenn

1) vgl. Rogalski auf S.53

2) in MDR 1963, 186 ff.

der Geschädigte, falls ein Dritter den Schaden erlitten hätte, nach gesetzlicher Bestimmung haften würde. Da dies im vorliegenden Fall nicht gegeben sei, entfalle eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB. Auch der Grundsatz von Treu und Glauben rechtfertige nicht die Anwendung des § 254 BGB, da dieser nur insofern Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben sei, als die Schadensersatzforderung nicht dem Prinzip des "venire contra factum proprium" widersprechen dürfe. Abgesehen davon wäre es - wenn man den Sinn des § 254 BGB in einer gerechten Schadensverteilung sehe - auch unbillig, den Kraftfahrer dann einen Nachteil erleiden zu lassen, wenn dieser sich in einer Gefahrensituation besonders umsichtig verhalten und dabei ein Menschenleben gerettet habe.

Während die erstere Argumentation im wesentlichen nichts anderes sagt, als daß § 254 BGB ein subjektiv zurechenbares Verhalten erfordere, so erscheint mir die Begründung im Hinblick auf die Billigkeit und Gerechtigkeit nicht ausreichend, um die entsprechende Anwendung des § 254 BGB abzulehnen. Man könnte nämlich durchaus der Ansicht sein, daß es billig und gerecht sei, dem betroffenen Autofahrer nur einen Teil seines Schadens zu ersetzen¹⁾. Dies ist jedoch für die methodische Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB unerheblich, zumal die Meinung nicht verkannt hat, daß der Rechtsgedanke des § 254 BGB im vorliegenden Fall keine rechtsähnliche Situation vorgefunden hat.

4. Der Vollständigkeit halber sei ausgeführt, daß es nach dem Bundesgerichtshof²⁾ im vorliegenden Fall dennoch zu einer Schadensteilung kommt. Der Bundesgerichtshof und die seinen Entscheidungsgründen folgende Literatur

1) vgl. hierzu die unten dargestellte Ansicht des BGH

2) BGHZ 38, 270; so auch Imlau in NJW 63, 1039

geht von einer Anwendung des § 242 BGB aus. Während die einen¹⁾ diese Vorschrift ausdrücklich anwenden, wird es im Falle der Entscheidung des Bundesgerichtshofes nur aus den Gründen ersichtlich. Der Bundesgerichtshof führt in seiner Entscheidung aus, daß es nicht verkannt werden dürfe, daß der erst in der Rechtsprechung entwickelte Ersatzanspruch des Geschäftsführers in solchen Rettungsfällen, wie dem oben dargestellten, gegenüber dem im Gesetz ausdrücklich geregelten Ersatz für vermögensrechtliche Aufwendungen Besonderheiten zeige, denen ein voller Schadenersatz nicht immer gerecht werde. Auch § 700 HGB, der für das Seerecht regelt, daß bei einer Rettungsaktion auf See beide Seiten gemeinsam die Kosten zu tragen hätten, zeige, daß es gerecht sei, beiden Seiten, die objektiv eine Schadensursache gesetzt hätten, an dem Schaden zu beteiligen. Wenn dem nicht so wäre, müßte man § 683 BGB auch beim Mißlingen der Rettungsaktion anwenden, was durch seine Unbilligkeit besonders deutlich mache, daß es sich hierbei nicht um einen echten Schadenersatzanspruch handle, sondern daß dem Retter vielmehr nur eine angemessene Entschädigung zu gewähren sei, und daß bei ihrer Bemessung die verschiedensten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müßten. Der Grundsatz der Totalreparation könne somit nicht gelten²⁾.

Ohne im einzelnen darauf eingehen zu wollen, ob diese Entscheidung dem § 242 BGB entspricht oder nicht, ist festzustellen, daß hier ein Fall vorliegt, in dem die Anwendung des § 242 BGB naheliegt - oder, wie ich meine - sogar gegeben ist, während andererseits kein Raum für eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB gegeben ist. Dies bestätigt erneut die These, daß § 254 BGB kein Unterfall des § 242 BGB ist, sondern ihm eine eigene systematische und dogmatische Bedeutung zukommt.

1) so Imlau, NJW 63, 1039

2) Diese Abkehr vom "Alles-oder-nichts-Prinzip" widerspricht der Regelung des BGB. Dogmatisch kann sie kaum beherrscht werden (vgl. dazu auch Tilman in NJW 75, S.759). Vgl. aber auch die Kritik am Prinzip der Totalreparation von Mertens, Der Begriff..., S.105 ff. und die Versuche, dieses zu durchbrechen.

VI. Maklerlohn

Verwirkung des Maklerlohns

Nach § 654 BGB verwirkt der Makler seinen Lohn, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig seine Treuepflicht gegenüber seinem Auftraggeber verletzt, indem er vertragswidrig auch für den anderen Teil tätig wird.

Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs¹⁾ ist eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB nicht möglich, da § 654 BGB einmal keinen Schadenersatzanspruch begründet, und zum anderen die Vorschrift nicht einmal einen Schaden des Auftraggebers voraussetzt, sondern offensichtlichen Strafcharakter besitze. Andererseits müßten die weitreichenden Folgen des Anwendungsbereiches dieser Norm eng gehalten werden, d.h. der Makler müsse seine Pflicht in wesentlicher Weise verletzt haben²⁾.

Der Strafzweck des § 654 BGB besteht darin, den Makler anzuhalten, seine Treuepflicht gegenüber den Interessen seines Auftraggebers nachzukommen. Ob es gerechtfertigt ist, gerade dem Makler eine derartige Strafvorschrift zu widmen, mag dahinstehen, sicherlich verstößt es jedoch gegen den Sinn einer Strafvorschrift, zumal diese auch einen präventiven Charakter beinhaltet, wenn eine Strafe durch das Verhalten des anderen derart gemildert wird, daß der Betroffene doch noch einen Teil seiner Vergütung bekommt. Eine Strafe stellt auf das Verhalten desjenigen ab, den sie trifft.

Rechtlich normiert § 654 BGB einen Verwirkungstatbestand. Die Bestimmung ist Ausfluß des Grundsatzes, daß derjenige, der selbst vertragsuntreu gewesen ist, nicht Erfüllung des Vertrages verlangen kann³⁾. Dies folgt daraus, daß der

1) vgl. BGHZ 36, 323 (326)

2) Ein Verschulden des Maklers kann auch nur eine positive Forderungsverletzung auslösen, wo § 254 BGB natürlich seine Anwendung findet.

3) vgl. Mormann in Soergel-Siebert § 654 Nr.1.

Auftraggeber eines Maklers in der Regel erwartet, daß dieser für ihn möglichst günstige Vertragsbedingungen erzielt. Damit ist es jedoch unvereinbar, einem anderen eine Tätigkeit gleicher Art zu versprechen¹⁾.

Es ist somit ausschließlich Sache des Maklers, die Rechtsfolge des § 654 BGB zu vermeiden, da sich das Normgebot lediglich an ihn richtet. Darüberhinaus besteht der "Schaden" in § 654 BGB nicht in Form eines äußeren, sichtbaren Schadensereignisses, sondern in der Rechtsfolge, daß der Makler seine Vergütung nicht bekommt. Diese Rechtsfolge, die das Gesetz bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen anordnet, kann jedoch nicht wieder durch die Vorschrift des § 254 BGB gemindert werden, da dies der eindeutigen Regelungsabsicht des Gesetzes widerspräche.

§ 254 Abs.1 BGB ist somit auf § 654 BGB nicht entsprechend anwendbar.

VII. Bereicherungsrecht

1. Rechtsprechung und Literatur sind sich in ihrer Ablehnung einer analogen Anwendung des § 254 BGB auf Bereicherungsansprüche einig²⁾. Unterschiedlich ist jedoch im einzelnen die Begründung und die Versuche, den Sachverhalt, bei dem sich die entsprechende Anwendung des § 254 BGB anböte, anderweitig zu lösen.

1) vgl. die Protokolle zu dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches Bd.II, S.343; der dieser Begründung zugrundeliegende Antrag, der in etwa dem heutigen § 654 BGB entspricht, wurde zwar zunächst in der II. Kommission abgelehnt, später wurde dann jedoch die Vorschrift des heutigen BGB beschlossen, wobei man davon ausging, daß der gesetzgeberische Gedanke in der beschriebenen Weise bestand.

2) vgl. BGHZ 14, 7; BGHZ 37, 363 (370); BGH in Betrieb 1970, 2020; BGHZ 57, 152; Huber in JuS 72, 442; Erman-Sirp § 254 Nr.2 c

In einer Entscheidung¹⁾ lehnt der BGH die entsprechende Anwendung des § 254 BGB mit der Begründung ab, daß dieser seinem Wortlaut nach nur für Schadensersatzansprüche und seinem Rechtsgedanken nach in gesetzlich nicht geregelten Fällen beiderseitigen Verschuldens gelte, das gegeneinander abzuwägen sei. In dieser Entscheidung wird ausgeführt, daß sich der Bereicherte jedoch auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen könne, was im vorliegenden Fall allerdings nicht gegeben sei.

Auch hier ist festzustellen, daß der Bundesgerichtshof bei einem Fall der Schadensteilung die Anwendung des § 254 BGB ablehnt und das Problem mit Zuhilfenahme des § 242 BGB lösen will, obwohl er vielerorts ausführt, daß er in § 254 BGB einen Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben sehe.

In einer anderen Entscheidung²⁾ stellt der Bundesgerichtshof fest, daß § 254 BGB auf Bereicherungsansprüche nicht anwendbar sei. Es sei jedoch denkbar, daß die Geltendmachung eines Bereicherungsanspruches unter Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen könne.

In einer weiteren Entscheidung des Bundesgerichtshofes³⁾ wird begründungslos festgestellt, daß gegenüber dem Bereicherungsanspruch aus § 816 BGB der Einwand des Mitverschuldens nicht zulässig sei.

Dem Bundesgerichtshof lag in einem weiteren Fall nachfolgender Sachverhalt zur Entscheidung vor⁴⁾:

1) BGHZ 14, 7 (10)

2) BGHZ 37, 363 (370)

3) BGH in Betrieb 1970, 2020 (2021)

4) vgl. BGHZ 57, 137

Der Käufer (Kläger) kaufte bei der Verkäuferin (Erstbeklagte), einer Firma für Autohandel und Autoreparaturen, ein gebrauchtes Auto für DM 7 370.--. Die Verhandlungen führte ein Angestellter der Verkäuferin (der Zweitbeklagte). Der Käufer fragte ihn dabei wiederholt, ob der ihm angebotene Wagen auch wirklich vollkommen unfallfrei sei; nur dann wolle er ihn kaufen. Der Angestellte bejahte das. 14 Tage nach dem Erwerb des Wagens erlitt der Käufer aus alleinigem Verschulden einen Totalschaden. Wenig später erfuhr er, daß der Wagen, bevor er ihn kaufte, schon in zwei Unfälle verwickelt war. Der erste Unfall hatte zu einer Reparaturrechnung von etwa DM 2 300.-- und zu einer Wertminderung von DM 700.--, der zweite hatte zu einer Reparaturrechnung von etwa DM 400.-- und zu einer weiteren Wertminderung von DM 100.-- geführt.

Dieser zweite Unfall war dem Angestellten der Verkäuferin bekannt. Der Kläger hat daraufhin den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten. Mit der Klage verlangte er Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Herausgabe des Autowracks.

Der Bundesgerichtshof entschied folgendermaßen:

Die Klage sei im Prinzip begründet; der Käufer müsse sich allerdings sein eigenes Verschulden am Totalverlust des Autos als anspruchsmindernd anrechnen lassen. Die Anspruchsgrundlage für den Käufer sei gegenüber dem Angestellten der Verkäuferin § 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 263 StGB, gegenüber der Verkäuferin selber § 831 BGB i.V.m. § 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 263 StGB sowie § 812 BGB. Die Anspruchsminde rung ergäbe sich für den Deliktsanspruch aus § 254 BGB¹⁾, für den Bereicherungsanspruch aus § 242 BGB.

1) Diese Aussage ist m.E. unzutreffend, da hier kein Mitverschulden beim Zustandekommen des Kaufvertrages vorliegt, sondern - soweit es den Käufer betrifft -, lediglich ein (Allein-)Verschulden am Zustandekommen des Totalschadens.

In dieser Entscheidung stellt der BGH fest, daß § 254 BGB im Rahmen der Bereicherungshaftung nicht anwendbar sei. Die Unanwendbarkeit des § 254 BGB auf Bereicherungsansprüche schließe jedoch nicht aus, daß auch derartige Ansprüche dem allgemeinen Grundsatz des § 242 BGB unterliegen, von dem § 254 BGB nur eine gesetzlich besonders geregelte Ausprägung sei. Auch sonst sei anerkannt, daß der in § 254 BGB enthaltene Ausgleichsgedanke auch für andere als Schadensersatzansprüche in Betracht komme. Auf Grund der besonderen Eigenarten dieses Falles sei deshalb gem. § 242 BGB eine Abwägung vorzunehmen.

Ohne den § 254 BGB entsprechend anzuwenden, zog der Senat über § 242 BGB den Rechtsgedanken des § 254 BGB heran¹⁾. Dabei muß man sich fragen, warum der Senat, wenn er der Ansicht war, daß hier ein Fall des Rechtsgedankens des § 254 gegeben ist, diesen nicht entsprechend angewendet hat.

Dazu nimmt auch eine weitere Besprechung dieses Urteils Stellung²⁾. Huber räumt ein, daß § 254 BGB - wie übrigens die meisten Vorschriften des Schuldrechts - eine gesetzlich besonders geregelte Ausprägung des Grundsatzes des § 242 BGB sei. Dies allein könne jedoch nicht rechtfertigen, den Ausgleichsgedanken des § 254 BGB auf andere als auf Schadensersatzansprüche anzuwenden. Entscheidend müsse vielmehr sein, ob dieselben Überlegungen, die im Schadensersatzrecht den Ausgleichsgedanken rechtfertigen, im vorliegenden Fall auch für den Bereicherungsanspruch des Klägers zuträfen. Dieser Grundgedanke sei bei der Bereicherungshaftung nicht gegeben, da der rechtspolitische Grund, auf dem die Haftung des Schadensersatzschuldners beruhe, durch das Mitverschulden des Schadensersatzgläubigers beeinträchtigt werde, während für den Grund, auf dem die Haftung des Bereiche-

1) vgl. Lieb, Anm. zu diesem Urteil in JZ 1972, 444

2) vgl. Huber in JuS 1972, 439 (442)

rungsgläubigers sich stütze, irrelevant sei. Huber setzt fort, daß der Weg salomonischer Teilung gem. § 254 BGB, den der BGH beschritten habe, im Bereicherungsrecht verschlossen sei, und nur noch die Möglichkeit bliebe, dem Gläubiger den Bereicherungsanspruch entweder ganz oder gar nicht zu geben. Dabei fragt er, weshalb es eigentlich als anstößig und unbillig erscheine, daß der arglistig getäuschte Käufer im vorliegenden Fall den Kaufpreis in voller Höhe zurückerhalte, obwohl er die Kaufsache nicht zurückgeben könne. Dabei sieht er das Bedenkliche im Verhalten des Käufers nicht darin, daß er die Kaufsache schuldhaft zerstört habe, denn der Verkäufer habe sie ihm zur freien Verfügung überlassen, sondern darin, daß er sie erst zerstört habe und dann trotzdem den Kaufvertrag mit dem Ziel anfechte, den vollen Kaufpreis zurückzubekommen. Die Frage sei deshalb, ob hierin ein unzulässiges widersprüchliches Verhalten liege. Diese Frage untersucht Huber anhand der Überlegung, ob § 351 BGB, den er im übrigen im Gegensatz zu § 254 BGB als besondere Ausprägung des § 242 BGB ansieht, analog anzuwenden sei. Dies bejaht er, da der Grundgedanke des § 351 BGB, der eine besondere Ausprägung des Verbotes des *venire contra factum proprium* darstelle, im vorliegenden Fall vorliege.

2. Ob § 254 Abs. 1 BGB als Eröffnungsnorm im Bereicherungsrecht entsprechend angewendet werden kann, setzt wiederum die Beantwortung der Frage voraus, ob insoweit eine Lücke besteht.

Hierfür muß man sich über die Grundaussage der entsprechenden bereicherungsrechtlichen Vorschriften Aufschluß verschafft haben. Diese Normen zielen auf den Ausgleich einer tatsächlich erfolgten, aber nach den Wertungen der Rechtsordnung letztlich nicht gerechtfertigten Vermögensvermehrung¹⁾. Es geht dem Gesetz hierbei nicht - wie im Schadensersatzrecht - um den Ausgleich einer erlittenen

1) vgl. Larenz, Schuldrecht BT, S.463, 464

Beeinträchtigung durch denjenigen, der für sie verantwortlich gemacht werden kann, sondern darum, daß der Empfänger das nicht behalten dürfen soll, was er ohne einen seinen Erwerb rechtfertigenden Grund erlangt hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Erwerbsvorgang irgendwie einen Vorwurf gegen ihn begründet. Es kommt weder auf Verschulden, Rechtswidrigkeit noch auf andere Zurechnungskriterien an, sondern allein auf die Tatsache, daß die Bereicherung ohne rechtlichen Grund eingetreten ist. Das Gesetz setzt somit mit Hilfe der Vorschriften des Bereicherungsrechtes die rechtmäßige Zuordnung der Rechtsgüter durch.

In der Regel richten sich die bereicherungsrechtlichen Vorschriften auf den Gegenstand selbst. Lediglich bei § 816 BGB gewährt das Gesetz dem früheren Eigentümer, dessen Eigentum durch den gutgläubigen Erwerb eines Dritten untergegangen ist, einen Ausgleich für den Verlust seines Eigentums. Dabei ist es für den durch § 816 BGB eingeräumten Bereicherungsanspruch ohne Bedeutung, auf welche Weise der Eigentümer den Besitz seiner Sache verloren hat, und wie der Nichtberechtigte in die Lage gekommen ist, über die Sache zu Gunsten eines gutgläubigen Erwerbers zu verfügen¹⁾. Das Gesetz gleicht nur den Verlust des Eigentums aus, der nach den Vorschriften des Sachenrechts eingetreten ist; eine Unterscheidung danach, ob es zu diesem Verlust infolge eines Verschuldens des Eigentümers gekommen ist oder nicht, ist dem § 816 BGB fremd und kann in diese Vorschrift auch nicht über andere Vorschriften (wie z.B. §§ 242, 254 BGB) hineingetragen werden²⁾.

Der wesentliche Unterschied der bereicherungsrechtlichen Vorschriften ist somit, daß es hierbei nicht darum geht, eine erlittene Beeinträchtigung zu beseitigen oder

1) vgl. BGHZ 37, 363 (370)

2) so BGHZ 37, 363 (371)

zu kompensieren (wie im Schadenersatzrecht) oder eine enttäuschte Erwartung auszugleichen (wie im Gewährleistungsrecht), sondern darum, das Vermögen demjenigen zuzuordnen, dem es kraft sachenrechtlicher Vorschriften zusteht¹⁾.

Damit kann sich die Frage des "wieviel" im Sinne einer Verteilung nicht stellen, sondern allenfalls die Frage des "entweder - oder". Eine Zuordnung hat entweder zu erfolgen, oder sie hat zu unterbleiben. Im Gegensatz dazu würde eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB dazu führen, daß ein Anspruchsinhaber nur noch teilweise berechtigt ist, z.B. also nur noch zur Hälfte Eigentümer der entsprechenden Sache wird. Eine derartige Rechtsfolge widerspricht der Regelungsabsicht der bereicherungsrechtlichen Vorschriften.

Anders ist es mit der Frage, ob unter Umständen Fälle denkbar sind, in denen trotz mangelnden Rechtsgrundes dem an sich Berechtigten dennoch verwehrt ist, die Zuordnung seines Vermögens wieder durchzusetzen. Diese Fälle sind jedoch im Bereicherungsrecht geregelt (so z.B. in den §§ 813, 814, 815, 817 Satz 2, 818 III BGB).

Damit ist im Bereicherungsrecht keine Lücke gegeben, die eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB notwendig macht.

Aus diesem Grund ist es auch nicht notwendig, hinsichtlich der Eingriffs- und der Leistungskondition zu unterscheiden²⁾. Selbst wenn man bedenkt, daß die Eingriffskondition weitgehend jene Fälle des Erwerbs behandelt, die auf Grund eines rechtswidrigen Eingriffs erfolgt sind, und insoweit eine Ähnlichkeit zum Deliktsrecht besteht³⁾, so sind doch

1) Dies erklärt auch den Unterschied zum Vindikationersatzanspruch der §§ 989, 990 BGB. Hier stellt das Gesetz Anforderungen in subjektiver Hinsicht. Der Verpflichtete ist demzufolge auch nicht nur zur Herausgabe des Erlangten gezwungen, sondern zum Ersatz des vollen Schadens. Die Regulierung dieses Schadens richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB, die Anwendbarkeit des § 254 BGB somit aus seiner systematischen Stellung.

2) so aber Keller, S.130 ff.

3) vgl. Baur, Sachenrecht, S.460

die Rechtsfolgen verschiedener Art. Keller¹⁾, der eine analoge Anwendung fordert, und dies unter Hinweis auf andere Fälle der entsprechenden Anwendung, stellt nicht die Frage der Rechtsähnlichkeit des gewünschten Ergebnisses. Im Gegensatz zu Keller ist es gerade die prinzipielle Unterscheidung zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht, die die Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB auf das Bereicherungsrecht verhindert.

3. Hier zeigt sich, wie gefährlich es ist, in § 254 BGB lediglich einen Unterfall des § 242 BGB zu sehen, da somit von Autoren²⁾ eine unzulässige Ausdehnung vorgenommen wird, und ein Rechtsgedanke formuliert wird, der dem § 254 BGB nicht entnommen werden kann. So fordert Keller die entsprechende Anwendung des § 254 BGB sogar auf die Leistungskondition, da eine unmittelbare Beziehung zwischen § 242 BGB und § 254 BGB bestehe. Diese Beziehung sei die Annahme, daß § 254 BGB seine Wurzeln im Verbot des "venire contra factum proprium" habe, das ein Unterfall des § 242 BGB sei. Gerade dieser Schluß zeigt, wie wichtig es ist, den eigenständigen Rechtsgedanken des § 254 BGB hervorzuheben. Die oben erwähnte Ansicht verliert die Voraussetzungen der Analogie aus den Augen. Letztere ist nicht schon gerechtfertigt, wenn zwei Normen dieselbe rechtstheoretische Wurzel haben, und die Rechtsprechung eine der Normen auf einen bestimmten Sachverhalt für anwendbar erklärt.

Dies bestätigt im übrigen auch der Fall, den der BGH³⁾ behandelt hat. Das "Mitverschulden" lag nämlich zur Zeit des die Voraussetzung des Bereicherungsrechts auslösenden Momentes, also dem Zeitpunkt der Täuschung, nicht vor. Vielmehr setzte ein "Verschulden" erst beim

1) auf S. 132, 133

2) vgl. Mestmäcker, S. 521 ff.

3) BGHZ 57, 137

Verursachen des Totalschadens ein. Hierbei war es jedoch kein "Mitverschulden", sondern ein ausschließliches und eigenständiges Fehlverhalten am Zustandekommen des Unfalles. Es liegt damit kein negatives Ereignis vor, das beiden Seiten zuzurechnen wäre. Vielmehr ist die Tatsache, daß das Auto nicht mehr unversehrt zurückgegeben werden kann, allein dem Käufer zuzurechnen, und der Umstand, daß die Rechtsfolgen der §§ 812 ff. BGB ausgelöst wurden, sind allein dem arglistigen Verhalten des Verkäufers anzulasten.

Der Rechtsgedanke des § 254 BGB bietet somit keine Lösung.

VIII. Unterlassungsanspruch

1. Allgemeiner Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB

- a) Eine reiche Judikatur findet sich für die Frage einer analogen Anwendung des § 254 BGB bei dem negatorischen Anspruch des § 1004 BGB.

Das Problem soll ein Fall verdeutlichen¹⁾.

Die Beklagte hatte auf ihrem Gelände hohe Halden aufgeschüttet, welche Rückstände und Überbleibsel aus ihren Fabrikanlagen sowie Abraum aus Kohlezecken enthielten. Unmittelbar an diese Halden grenzten die Dämme der der Klägerin gehörenden Eisenbahnstrecke. Im Zeitraum von mehreren Jahren wurden die Halden auf der den Eisenbahndämmen entgegengesetzten Seite abgebaggert, und die Massen wurden als Versatzstoffe für eine Zeche der Beklagten verwendet. Später zeigten sich Brandstellen auf

1) Er lag im wesentlichen der Entscheidung RGZ 127, 29 und RGZ 138, 327 zugrunde; vereinfacht wiedergegeben.

einer der Haldenseiten. Daraufhin brannte die Halde auch an anderen Stellen. Einige Jahre später griff schließlich das Feuer auch auf die Bahndämme der Klägerin über, und seitdem brennen diese Dämme immer wieder an verschiedenen Stellen. Dabei brannte zunächst eine Telegraphenstange ab, später zeigten sich Senkungen der Dämme.

Gleich nach Entdeckung der Haldenbrände unternahm die Beklagte verschiedene Versuche, des Feuers Herr zu werden. Aber alle diese Bemühungen, die sehr hohe Kosten verursachten, blieben teils ohne Erfolg, teils trugen sie sogar zur Anfachung des Feuers bei. Daraufhin sah die Beklagte von allen weiteren Schutzmaßnahmen ab. Die durch den Brand auf den Bahndämmen entstandenen Schäden hat sie zunächst beseitigt. Ab einem bestimmten Zeitpunkt hat sie jedoch alle Ausbesserungen verweigert, daher hat die Klägerin diese selbst vornehmen lassen.

Die Klägerin gab selbst zu, daß gegen den Brand kaum etwas zu machen sei und hält die Beklagte für verpflichtet, die Folgen des Brandes zu beseitigen, unter anderem auch aus § 1004 BGB.

Bei diesem Sachverhalt ist davon auszugehen, daß die Klägerin mit der Aufschüttung der Halden an den Bahndämmen einverstanden gewesen ist, und daß die Bahndämme aus dem gleichen Stoff bestanden, wodurch deren Brand mitverursacht worden ist.

Die Klägerin fordert nun die Beseitigung der weiteren Beeinträchtigungen der Eisenbahndämme, bzw. die Erstattung der zur Abwendung und Beseitigung der Störung aufgewendeten und notwendigen Kosten.

Geht man davon aus, daß ein Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB gegeben ist, so stellt sich die Frage, ob der Mitverursachungsbeitrag der Klägerin der einmal im Einverständnis der Haldenaufschüttung bestanden hat und zum anderen darin, daß die Bahndämme mit dem glei-

chen Stoff versehen waren wie die Halden, im Sinne des § 254 Abs.1 BGB Berücksichtigung finden kann.

Die Rechtssprechung wendet hier den § 254 BGB analog an. Sie räumt zwar ein, daß der "Eigentumsfreiheitsanspruch" des § 1004 BGB kein Schadensersatzanspruch sei¹⁾, führt jedoch aus, daß dem § 254 BGB eine Bedeutung zukomme, die über seinen nur auf Fälle der Schadensersatzpflicht sich beziehenden Wortlaut hinausgehe. Dies schließt das Reichsgericht daraus, daß § 254 BGB auch dann anwendbar sei, wenn dem Geschädigten eine Verantwortlichkeit ohne Verschulden kraft Gesetzes obläge. Dies sei insbesondere bei der Tierhalterhaftung der Fall.

Im konkreten Fall hält das Reichsgericht die Anwendung des § 254 BGB dann für gerechtfertigt, wenn dem Eigentümer eine Mitverantwortlichkeit für die Beeinträchtigung seines Eigentums treffe; mag diese Mitverantwortlichkeit durch sein Mitverschulden oder durch eine ihm kraft Gesetzes zur Last fallenden Haftung ohne Verschulden begründet sein. Eine solche Haftung ohne Verschulden könne sich auch aus § 1004 BGB ergeben. Dabei stellt das Reichsgericht die Frage auf, ob der Eigentümer mit seinem Eigentum in der Weise verfahren ist, die für einen anderen die Klage aus § 1004 BGB begründen würde, wenn die von dem Eigentümer getroffenen Maßnahmen einen Eingriff in fremdes Eigentum zur Folge hätten. Die Rechtsfolge sei, daß der Kläger die Kosten einer von ihm selbst vorgenommenen Beseitigung der Beeinträchtigung nicht in vollem Umfang erstattet verlangen könne, sondern daß diese nach dem Maß der Mitverursachung verteilt werden müßten.

Diese Entscheidung enthält für die entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB eine konstruktive Begründung, und zwar die, daß man sich seinen eigenen Beitrag dann haftungsmindernd anrechnen lassen müsse, wenn die-

1) vgl. RGZ 138, 327 (329)

ser im Falle, daß er Wirkung auf einen Dritten zeitigen würde, letzterem einen Anspruch gäbe. Damit spricht das Reichsgericht einen Gedanken an, der auch schon an anderer Stelle¹⁾ als Rechtsgedanke des § 254 Abs.1 BGB definiert wurde. Es ist allerdings festzustellen, daß das Reichsgericht diese Konstruktion nicht unmittelbar aus dem § 254 Abs.1 BGB ableitet, sondern vielmehr aus dem Ergebnis einer entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB. Denn es stellt bereits eine Rechtsfortbildung dar, wenn man § 254 Abs.1 BGB immer dann anwendet, wenn auf seiten des Geschädigten ein Verursachungsbeitrag gegeben ist, der ihn einer Haftung aussetzen würde, wenn derselbe Tatbestand auf der Schädigerseite vorliegen würde. Dabei wird allerdings verwechselt, daß diese Argumentation ursprünglich für die Auslegung der Frage des Verschuldenbegriffes in § 254 Abs.1 BGB herangezogen wurde. Für die offene Frage nämlich, wann ein Verschulden vorliegt, definieren manche²⁾ dies so, daß dann ein Verschulden gegeben sei, wenn im Falle einer Fremdschädigung eine Haftung gegeben wäre.

Es mag zwar grundsätzlich zulässig sein, diesen Gedanken weitergehend auch als den Grundgedanken des § 254 Abs.1 BGB zu definieren, dies führt jedoch m.E. in einigen Fällen zu einer zu weiten und in anderen Fällen zu einer zu engen Auslegung des § 254 Abs.1 BGB.

Wenn man sich nämlich einerseits bei dem Geschädigten fragen muß, ob er die Qualifikationen eines Schädigers erfüllt, so muß dies folgerichtig in den Fällen verneint werden, wo der Mitverursachungsbeitrag seine Wirkung lediglich im eigenen Bereich zeigt. Es sind bestimmte Fälle denkbar, in denen zwar eine zurechenbare Mitverursachung vorliegt, die Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten jedoch nicht geeignet ist, in den Außenbereich auszustrahlen. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn

1) z.B. bei Belemann; vgl. vorliegende Arbeit S.127 f.

2) vgl. Wochner, S.180 ff.

der Geschädigte - obwohl er mit einer Gefährdung rechnen muß - keinerlei Vorsorge trifft, den eigenen Schaden abzuwenden. Derjenige, der, ohnehin körperlich schon erschöpft, sich der Gefahr einer Ansteckung aussetzt und tatsächlich auch angesteckt wird, muß sich seinem eventuellen Anspruch u.U. sein Mitverschulden entgegenhalten lassen. Die Tatsache der körperlichen Erschöpfung allein ist jedoch nicht geeignet, einen Dritten zu schädigen, so daß folgerichtig, wenn man die Reichsgerichtsentscheidung zugrunde legt, kein Mitverschulden gegeben sein dürfte.

Andererseits zeigen gerade die Untersuchungen im Rahmen des Vollnachtsmißbrauchs, daß ein mitursächliches Verhalten, das unter bestimmten Umständen einem Dritten einen Schadenersatzanspruch aus z.B. culpa in contrahendo geben würde, nicht ausreichend ist, um eine Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu bejahen¹⁾.

Die Entscheidung des Reichsgerichts weist m.E. noch den Mangel auf, daß sie mehr die Frage des Rechtsgedankens des § 254 Abs.1 BGB beachtet als die Frage, welcher Grundgedanken der Vorschrift des § 1004 BGB inne wohnt.

Es ist für die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nicht ausreichend, wenn man seinen Rechtsgedanken als gegeben annimmt, sondern vielmehr muß geprüft werden, ob die entsprechenden Fallkonstellationen die analoge Anwendung dieser Norm vertragen.

Dabei helfen uns jedoch auch die sonstigen höchstgerichtlichen Entscheidungen nicht weiter. In einer anderen Entscheidung, die den § 1004 BGB betrifft, führt das Reichsgericht²⁾ aus, daß eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB gerechtfertigt sei. Dies begründet das Reichsgericht jedoch weniger mit methodischen Überlegungen als mit dem Gedanken der Volksgemeinschaft und der Volksverbundenheit, der einen gerechten Ausgleich erfordere. In dieser Entscheidung entwickelt das Reichsgericht in Fortsetzung eines

1) Venzmer, S.220 wendet sich gegen die Auffassung des Reichsgerichts, weil damit jede schuldlose Verursachung die Anwendung des § 254 BGB rechtfertigen würde.

2) RGZ 154, 161 (167)

früheren Urteils¹⁾ den Gedanken des "nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses", der in die heutige Fassung des § 906 BGB eingegangen ist.

Auch der Bundesgerichtshof²⁾ entzieht sich einer genaueren konstruktiven Begründung dadurch, daß er auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts hinweist und die entsprechende Anwendung des § 254 BGB unter Heranziehung der beiderseitigen Interessenlage und nach Treu und Glauben rechtfertigt.

Andererseits wird in einem Fall der Mitverursachung durch den Eigentümer eines Nachbargrundstückes die Problematik der Anwendung des § 1004 BGB dadurch gelöst, daß die Tatsache des unzureichenden Schutzes des Eigentums durch den Geschädigten über eine Analogie zu § 906 BGB berücksichtigt wird³⁾. Da der Betroffene selbst die Beeinträchtigung zu verantworten habe, führt man im Sinne des § 906 und des § 1004 BGB aus, daß er zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet sei⁴⁾. Nach Staudinger-Berg⁵⁾ ist dieser Fall jedoch über eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB zu lösen, da dieser lediglich Mitverursachung voraussetze.

1) vgl. RGZ 11, 341 (343)

2) vgl. BGH in NJW 55, 344

3) Über eine entsprechende Anwendung des § 906 BGB werden die Rechtsfolgen des § 1004 BGB von der h.M. ebenfalls eingeschränkt (vgl. dazu BGHZ 62, 361 ff. mit Anm. Mattern in LM Nr. 45 zu § 906 m.w.N.). Es sind dies Fälle, in denen die nachbarrechtlichen Abgrenzungen des Eigentums dem Einzelfall nicht voll gerecht werden und der Interessenwiderstreit daher unter den im Einzelfall geforderten Billigkeitsgesichtspunkten zu lösen ist. Diese Fälle sind scharf zu trennen von den vorliegenden, wo die Einschränkung des § 1004 BGB aufgrund eines zurechenbaren Beitrags des Anspruchsberechtigten in Frage steht und der Beseitigungsanspruch in der Weise geltend gemacht wird, daß er einer Naturalrestitution gleichkommt.

4) vgl. RG in JW 1912, 589 Nr. 9

5) vgl. Nr. 49 zu § 1004

- b) Auch die Literatur sieht die entsprechende Anwendung des § 254 BGB weitgehend als gerechtfertigt an¹⁾. Da es sich bei § 1004 BGB um die Folgen der Verantwortlichkeit handelt, sei es durchaus folgerichtig, den § 254 BGB auch dann anzuwenden, wenn der vom Eigentümer geschaffene - nicht notwendig schuldhafte - Zustand der gestörten Sache die Einwirkung nicht verursacht habe²⁾.

Dabei ist jedoch festzustellen, daß die herrschende Meinung³⁾ die entsprechende Anwendung des § 251 Abs.2 BGB auf § 1004 BGB mit der Begründung ablehnt, daß § 251 BGB auf Schadenersatzansprüche beschränkt bleiben solle.

Da andererseits § 254 BGB unzweifelhaft seinen Platz ebenfalls im Schadenersatzrecht hat, ist zu untersuchen, woraus sich diese unterschiedliche Anwendung rechtfertigen soll. Die Antwort auf diese Frage bleibt uns jedoch die Literatur schuldig.

Lediglich Langenbach⁴⁾ sieht in der Reichsgerichts-Entscheidung RGZ 138, 327 eine Entwicklung, die konsequenterweise dazu führen müsse, daß man auch den Eigentumsanspruch des § 985 BGB der Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB aussetzen müsse. Dies folge daraus, daß § 1004 BGB und § 985 BGB aus der gleichen Quelle fließen. Bereits oben wurde ausgeführt, daß man im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB nicht allein nur den Grundsätzen dieser Norm nachgehen sollte, sondern auch den Rechtsgedanken des § 1004 BGB einer Prüfung unterziehen muß.

- c) § 1004 BGB ergänzt den durch die §§ 985, 1005 BGB gewährten Schutz des Eigentums⁵⁾. Die Vorschrift erstrebt die Herstellung des den Inhalt des verletzten Rechts entsprechenden Zustandes und die Wiederaufhebung der entstandenen Beeinträchtigung. Dabei ist zu unterscheiden, daß § 1004 BGB als Rechtsfolge sowohl die Beseiti-

1) vgl. Bauer, Lehrbuch des Sachenrechts, § 12 IV 1a; Westermann, Lehrbuch zum Sachenrecht § 36 III 1; Mühl in Soergel-Siebert, § 1004 Nr.83; Erman-Hefermehl, § 1004 Nr.25

2) vgl. Westermann, Sachenrecht, § 36 III 1

3) vgl. Mühl in Soergel-Siebert, § 1004 Nr.42 m.w.N.

4) in JW 1933, 690

5) vgl. Palandt-Bassenge, § 1004 Nr.1

gung der Störung vorsieht als auch die Möglichkeit des Eigentümers, auf Unterlassung zu klagen, soweit weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Auch letzterer Anspruch hat seine materielle Grundlage im verletzten, bzw. bedrohten Herrschaftsrecht¹⁾.

Von seinem Rechtsgrund her richtet sich sowohl die Beseitigungs- als auch die Unterlassungsklage auf den Schutz des Eigentums²⁾. Seine Rechtfertigung zieht § 1004 BGB insbesondere daraus, daß er die genannten Rechtsfolgen für den Fall vorsieht, in dem es zu einer Beeinträchtigung ohne Verschulden gekommen ist³⁾. Der Eigentümer soll das Recht haben, die fortdauernde, widerrechtliche Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage beseitigen zu lassen⁴⁾. § 1004 BGB ist ein Instrumentarium, das dem Eigentümer die Möglichkeit gibt, sein vom Gesetz als schutzwürdig anerkanntes Rechtsgut des Eigentums im Falle seiner Verletzung zu schützen. Dieser Schutz bliebe unvollständig, wenn man nur bei objektiver Rechtsgutverletzung dem Verletzten nicht die Möglichkeit gäbe, wenigstens gegen die fortdauernde Beeinträchtigung vorzugehen⁵⁾. Dies gilt in gleicher Weise für den Unterlassungsanspruch⁶⁾. Der § 1004 BGB - wie übrigens auch der § 985 BGB - ist nur die konsequente Fortentwicklung des bereits in § 903 BGB ausgesprochenen Gedankens, daß nur dem Eigentümer, nicht aber einem Dritten, die Entscheidung zusteht, was mit seiner Sache geschehen soll. Alles, was diesem Vorstellungsbild des Eigentums entgegensteht, muß grundsätzlich

-
- 1) vgl. Palandt-Bassenge, § 1004 Nr.6
 - 2) zu den dogmatischen Schwierigkeiten der Unterlassungsklage vgl. Mühl in Soergel-Siebert, § 1004 Nr.54; Staudinger-Berg, § 1004 Nr.14 m.w.N.
 - 3) vgl. Larenz, Schuldrecht B.T. S.613
 - 4) vgl. RGZ 148, 123
 - 5) vgl. Larenz, Schuldrecht B.T., S.615
 - 6) vgl. zu den dogmatischen Schwierigkeiten, Münzberg in JZ 1967, 689 (690)

beseitigt oder von vornherein unterbunden werden können, sei es ein Zustand oder eine Handlung, die es zu verhindern gilt¹⁾.

Da der Beseitigungsanspruch eine Restitution vorsieht, liegt er in seiner Rechtsfolge bei bestimmten Fällen auf derselben Ebene wie der Schadensersatzanspruch.

Dabei ist festzustellen, daß § 1004 BGB für den Beseitigungsanspruch keine Teilung für den Fall geregelt hat, in dem die Störung durch beiderseitig zurechenbares Verhalten entstanden ist. Die Frage der Lücke ist somit zu stellen.

- d) Nach der bereits oben²⁾ ausgeführten Definition der Lücke ist zu fragen, ob hier ein bewußtes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt. Diese Frage klärt sich dadurch, daß man untersucht, was unter Beseitigung der Beeinträchtigung zu verstehen ist. Eine Beeinträchtigung kann nämlich auf zweierlei Weise beseitigt werden. Ist das Eigentum des Hauseigentümers dadurch beeinträchtigt, daß in seiner Toreinfahrt ein Kraftfahrzeug steht, so reicht es aus, daß dieses weggefahren wird. Besteht die Beeinträchtigung jedoch darin, daß von diesem Kraftfahrzeug eine starke Verschmutzung, z.B. durch Ölverlust u.a. ausgeht, so setzt die Beeinträchtigung über das reine Fortschaffen weitere Maßnahmen voraus, die in der Regel in zusätzlichen, geldaufwendigen Tätigkeiten bestehen.

Schützt § 1004 BGB den Eigentümer nur in ersterem Fall, so besteht keine Lücke, da die Rechtsfolge in der oben beschriebenen Weise kaum teilbar ist. Es besteht auch kein

1) vgl. Münzberg in JZ 67, 689 (691), der daraus sogar schließt, daß es bei § 1004 BGB nicht auf die Rechtswidrigkeit ankomme, sondern daß ein Anspruch nach § 1004 BGB auch ohne Rechtswidrigkeit gegeben sei.

2) vgl. S. 7 der vorliegenden Arbeit

Grund dafür, diese zu teilen, da in dem Fall, wo die Beeinträchtigung durch reines Fortschaffen oder Entfernen beseitigt werden kann, rein praktisch eine Teilung nicht denkbar ist. Entweder hält die Beeinträchtigung an, oder sie ist beseitigt.

Anders verhält es sich in dem zweiten Fall. Hier erfordert die Beeinträchtigung zusätzliche Maßnahmen. In der Regel muß der Störer zusätzlichen Aufwand betreiben, um die Beeinträchtigung zu entfernen.

§ 1004 BGB wird in der Weise angewendet, daß er für beide Fälle seine Gültigkeit hat¹⁾. Dies ist sinnvoll, da kein Grund ersichtlich ist, den Begriff der Beeinträchtigung derart eng zu fassen. Eine solche liegt auch dann vor, wenn im Übermaß Sand angeschwemmt wird, wenn ein Brand das Nachbargrundstück beeinträchtigt, oder wenn durch einen Dammbruch das Grundstück des Eigentümers überschwemmt wird. In all diesen Fällen muß der Störer Aufwendungen erbringen, die ihm in der Regel Kosten verursachen.

Die Frage ist nun, ob in dem Fall, wo auf seiten des Geschädigten ein zurechenbares Verhalten vorliegt, die Aufwendungen geteilt werden sollen. Es wäre systemwidrig, wenn man davon ausginge, daß der Gesetzgeber derartige Folgen zwar gesehen, aber nicht in der Weise geregelt wissen wollte, daß der finanzielle Aufwand der Beseitigung der Beeinträchtigung zwischen den Parteien geteilt werden sollte.

Wenn sich nämlich derjenige, der schuldhaft einem anderen Schaden bereitet, auf das zurechenbare Verhalten desselben berufen und demnach seine Haftung mindern kann, so muß im Wege des "Erst-Recht-Schlusses" auch derjenige, der bereits ohne Verschulden für die negativen Folgen seiner Handlung oder der Auswirkungen der von ihm beherrschten Sache haften muß, sich auf ein zurechenbares Verhalten des Berechtigten berufen können.

1) vgl. Palandt Nr.5 zu § 1004

Es darf darüber hinaus nicht verkannt werden, daß die Rechtsfolgen des § 1004 BGB in bestimmten Fällen bereits derart der des Schadensersatzanspruches angeglichen sind, daß eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist.

Damit ist von einer Lücke auszugehen.

- e) Die Frage ist, ob diese Lücke durch eine analoge Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB geschlossen werden kann. Dies setzt voraus, daß zwischen dem Fall, wo die Beeinträchtigung i.S. des § 1004 BGB durch das Verhalten des Berechtigten mitverursacht wurde und dem Fall, in dem ein schuldhaft herbeigeführter Schaden durch das Verhalten des Geschädigten mitbeeinflußt wurde, Rechtsähnlichkeit besteht.

Eine solche Rechtsähnlichkeit ist gegeben. Sie äußert sich nicht nur darin, daß in bestimmten Fällen die Rechtsfolgen der beiden Institute nahezu identisch sind, sondern durch den oben bereits durchgeführten Erst-recht-Schluß.

§ 1004 BGB bezweckt, wie oben bereits ausgeführt, den Schutz des Eigentums. Dabei geht dieser Schutz soweit, daß die Beeinträchtigung, nachdem sie entstanden ist, wieder zu entfernen ist. Die Schadensersatzansprüche verfolgen gleichermaßen den Schutz der Rechte des einzelnen; nur ist dieser Schutz sowohl in seinen Rechtsgütern als auch in seinen Rechtsfolgen weiter angelegt als der des § 1004 BGB. Der Unterschied rechtfertigt sich daraus, daß § 1004 BGB nur das Eigentum und in Form der Rechtsfortbildung auch weitere absolute Rechtsgüter¹⁾ schützt. Dieser Schutz wiederum ist auch nur auf die unmittelbare Beeinträchtigung des Eigentums gerichtet, während der Schadensersatzanspruch sämtliche, durch das Schadensereignis ausgelösten negativen Folgen zum Ausgleich bringen soll.

1) vgl. Nr. 1 B zu § 1004 in Palandt

Auch dies zeigt, daß § 1004 BGB praktisch innerhalb des Kreises liegt, den der Schadensersatzanspruch um sich zieht. Dem Eigentümer, dem aus der Verletzung seines Eigentums ein Schadensersatzanspruch zukommt, wird - soweit die Beeinträchtigung des Eigentums infrage steht - auch immer ein Anspruch aus § 1004 BGB zustehen.

Die Frage ist, ob hier überhaupt der Fall einer analogen Anwendung des § 254 Abs.1 BGB gegeben ist, oder ob nicht vielmehr diese Vorschrift im Wege des "Erst-Recht-Schlusses" angewendet werden muß. Dieses Problem ist zwar nur von theoretischer Bedeutung, jedoch für die methodische Begründung von Interesse.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß der "Erst-Recht-Schluß" im vorliegenden Fall zur Begründung einer analogen Anwendung benutzt wird, während der "Erst-Recht-Schluß" als methodische Auslegungsregel im Rahmen einer bestimmten Norm einen konkreten Anwendungsfall zum Gegenstand seiner Überlegungen macht. Aus diesem Grund rechtfertigt sich die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB bei § 1004 BGB nicht aus dem "Erst-Recht-Schluß", sondern auf Grund einer analogen Anwendung.

2. Vorbeugende Unterlassungsklage

- a) Hinsichtlich der entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB bei der vorbeugenden Unterlassungsklage liegt bislang - soweit ersichtlich - lediglich eine veröffentlichte Gerichtsentscheidung vor¹⁾. Dabei hatte das Gericht über nachfolgenden Fall zu entscheiden.

Zwischen den Parteien bestand schon seit Jahren eine erbitterte Feindschaft mit häufigen Streitereien. In diesem Zusammenhang wurde die Klägerin anlässlich einer Aus-

1) und zwar die des Landgerichts Frankenthal in NJW 1955, 263

einandersetzung von dem Beklagten mit Schimpfworten beleidigt, wobei sie jedoch den Vorfall selbst überwiegend schuldhaft veranlaßt hat. Die Klägerin beantragte den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die dem Verfügungsbeklagten (Antragsgegner) gegen Strafandrohung verboten werden sollte, die Verfügungsklägerin (Antragstellerin) in Zukunft zu beleidigen.

Zunächst stellt das Landgericht klar, daß § 1004 BGB auch auf andere Rechtsgüter Anwendung finde als dem Eigentum. Es führt sodann aus, daß zwar objektiv ein rechtswidriger Eingriff in die geschützten Lebensgüter der Verfügungsklägerin nachgewiesen worden sei, daraus könne jedoch nach dem Grundgedanken des § 254 BGB keine Rechtsfolge für sie hergeleitet werden. Dies begründet das Landgericht damit, daß nach herrschender Meinung § 254 BGB auch bei der bloßen Gefährdungshaftung gelte, und kein entgegenstehender Grund ersichtlich sei, bei einer vorbeugenden Unterlassungsklage, die - so wie die Gefährdungshaftung - nur einen objektiven rechtswidrigen Eingriff voraussetze, ohne daß es auf ein Verschulden oder das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ankomme, ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten nicht entsprechend zu berücksichtigen. Die Anwendung dieses Grundsatzes führe hier dazu, daß die beantragte einstweilige Verfügung nicht gerechtfertigt sei, da die Verfügungsklägerin die Hauptschuld an den Streitereien an dem betreffenden Tag treffe.

- b) Gegen diese Entscheidung wendet sich Larenz¹⁾. Er führt zunächst aus, daß die Anwendung des § 254 BGB einen bereits entstandenen Schaden voraussetze, was bei der vorbeugenden Unterlassungsklage nicht unbedingt der Fall sei. Damit komme eine Schadensteilung schon begrifflich nicht in Betracht.

1) in NJW 55, 263

Meines Erachtens ist Larenz so zu verstehen, daß im vorliegenden Fall keine Lücke gegeben sein soll, da im Rahmen der vorbeugenden Unterlassungsklage der Fall einer Schadensteilung gar nicht denkbar ist.

Dem ist zuzustimmen. Man kann entweder eine Unterlassung fordern oder nicht. Die Teilung einer Unterlassung, daß man also lediglich einen Anspruch darauf hat, daß der Gegner eine bestimmte Beeinträchtigung nur teilweise unterläßt, wäre ein rechtliches Kuriosum. Denkbar ist lediglich, daß über § 254 BGB ein Anspruch völlig zum Wegfall kommt. Insoweit hat das Landgericht Frankenthal auch entschieden.

Die entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf einen Fall, bei dem nur ein Anwendungsbereich theoretisch denkbar ist, ist nicht sachgerecht. Wenn man nämlich den § 254 BGB, der grundsätzlich auf Schadensteilung und nur in bestimmten Fällen auf völligen Fortfall des Anspruches geht, von vornherein daraufhin anwendet, daß er den Anspruch zum Erliegen bringt, so ist es zweifelhaft, ob dies dem bezweckten Anwendungsbereich des § 254 BGB entspricht.

Larenz führt weiterhin aus, daß zwischen dem Anwendungsfall des § 254 BGB und dem des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs keine Rechtsähnlichkeit gegeben sei. Die folge daraus, daß der vorbeugenden Unterlassungsklage ein materiellrechtlicher Anspruch auf Unterlassung, der mit der ersten Verletzung des Rechts oder Rechtsgutes entstände, gar nicht zugrundeläge. Jedermann sei nämlich durch die Rechtsordnung dazu gehalten, rechtswidrige Eingriffe in fremde Rechtsgüter zu unterlassen. Diese allgemeine Rechtspflicht entsteht nach Larenz nicht erst durch den ersten rechtswidrigen Eingriff, sondern bereits schon vorher, und die bestände weiter, nachdem sie einmal verletzt worden sei. Die geschehene Verletzung möge eine Voraussetzung der Zulässigkeit der Unterlassungsklage sein, Anspruchsgrundlage im materiellrechtlichen Sinne sei sie jedoch nicht. Die vorbeugende Unterlassungs-

klage sei daher dort, wo sie zulässig sei, nicht das Mittel zur Durchsetzung eines materiellrechtlich gegebenen Anspruches, sondern lediglich eine Form des prozessualen Rechtsgüterschutzes, somit ein Institut des Prozeßrechts¹⁾.

Maßgebend sei also letzten Endes das Ausmaß der Gefährdung des Rechtsgutes und damit das Rechtsschutzbedürfnis. Daher komme es nicht darauf an, ob die geschehene Rechtsgutverletzung durch ein Verschulden des Verletzten mitverursacht worden sei, sondern ob sie geeignet sei, die Besorgnis weiterer Verletzung zu begründen.

Diese Frage - und damit das Rechtsschutzbedürfnis - wird man nach Larenz verneinen können, wenn die Verletzung durch den Verletzten selbst provoziert worden ist, und wenn es sich nicht aus den Umständen ergibt, daß eine Wiederholungsgefahr auch für den Fall besteht, daß der Verletzte künftig nicht mehr provoziert.

Larenz hätte folglich den dem Landgericht vorliegenden Sachverhalt über das fehlende Rechtsschutzbedürfnis gelöst.

In seiner neueren Auflage des Lehrbuchs des Schuldrecht²⁾ scheint sich Larenz jedoch von seiner 1955 vertretenen Auffassung zu distanzieren, da er ausführt, daß das Rechtsschutzinteresse allein noch keine Klage rechtfertige, wenn es für diese an einer Grundlage im materiellen Recht fehle. Daher müsse angenommen werden, daß nicht erst die geschehene, sondern auch schon die unmittelbar drohende Rechtsgutverletzung einen zivilrechtlich relevanten Tatbestand darstelle, aus dem sich zum Schutz des bedrohten Rechtsguts ein Unterlassungsanspruch gegen denjenigen ergäbe, von dem die Bedrohung ausginge.

1) Larenz verweist auf die im Schrifttum überwiegende Auffassung - so Esser, Schuldrecht BT, S.493, Nikisch, Zivilprozeßrecht, S.149

2) im II. Band (Besonderer Teil) 11.Aufl., 1977 auf S.616

- c) Die Frage ist, ob sich unter Zugrundelegung der Ansicht, daß es sich bei dem Unterlassungsanspruch auch um einen materiellrechtlichen Anspruch handle, Konsequenzen im Hinblick auf eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB ergeben. Dabei kann jedoch die Argumentation des Landgerichts Frankenthal nicht überzeugen, denn die Tatsache, daß auch bei der Gefährdungshaftung ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten entsprechend zu berücksichtigen sei, ist noch nicht geeignet, die erforderliche Rechtsähnlichkeit nachzuweisen. Der Rechtsgedanke des § 254 BGB darf nämlich nicht - wie oben ausgeführt - als Ausdruck von Treu und Glauben und des Grundsatzes des venire contra factum proprium verstanden werden, sondern bei Anwendung des § 254 Abs.1 BGB ist der an sich bestehende Anspruch von vornherein um den Haftungsanteil desjenigen, der das schädigende Ereignis mitverursacht hat, gekürzt. In der vorliegenden Gerichtsentscheidung wird jedoch so argumentiert, daß an sich ein Unterlassungsanspruch gegeben sei, daß jedoch daraus keine Rechtsfolgen abgeleitet werden können, da der Betroffene den Eingriff selbst provoziert habe. Ohne Zweifel liegt dieser Argumentation der Gedanke des venire contra factum proprium zu Grunde und damit praktisch eine Verwechslung des § 254 BGB mit den Grundsätzen des § 242 BGB. Wenn man der Argumentation des Landgerichts Frankenthal folgt, so ist es dem § 254 BGB von vornherein verwehrt, seine Wirkung im Hinblick auf die Rechtsfolge voll zu entfalten. Es ist ja denkbar, daß die Provokation in der Weise erfolgt ist, daß sie im Verhältnis zu den späteren Beleidigungen von ihrem Unrechtsgehalt lediglich die Hälfte des gemeinsam begangenen Unrechts darstellt. Hier wäre es also folgerichtig, eine Teilung vorzunehmen. Wie oben bereits ausgeführt, ist eine Teilung beim Unterlassungsanspruch gar nicht denkbar. Dies wurde vom Landgericht Frankenthal auch nicht untersucht, sondern es stellte von vornherein die Frage, ob § 254 BGB den Anspruch völlig zum Erliegen bringt, oder ob dieser vollständig besteht.

Damit liegt jedoch keine Rechtsähnlichkeit zwischen dem dem § 254 Abs.1 BGB zu Grunde liegenden Rechtsgedanken und demjenigen, der dem Institut der vorbeugenden Unterlassungsklage innewohnt.

IX. Herausgabeanspruch nach § 985 BGB

Eine rigorose Ablehnung erfährt die entsprechende Anwendung des § 254 BGB im Rahmen des Herausgabeanspruchs.

1. Das Reichsgericht¹⁾ lehnt die entsprechende Anwendung mit der Begründung ab, daß § 254 BGB eine Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens als solchen voraussetze. Der Herausgabeanspruch könne zwar seinem wirtschaftlichen Zweck und Ziel nach einem Schadensersatzbegehren in bestimmten Umständen ähnlich erscheinen, da er wie dieses auf Ausgleichung der durch die Vorenthaltung der Sache im Vermögen des Eigentümers entstandenen Lücke gerichtet sei, dadurch könne jedoch der Herausgabeanspruch noch nicht als Schadensersatzanspruch angesehen oder gar einem solchen gleichgestellt werden.

Der Bundesgerichtshof²⁾ lehnt ebenfalls die entsprechende Anwendung des § 254 BGB ab. Auch derjenige Eigentümer einer Sache habe gegen den redlichen Besitzer den Anspruch des § 985 BGB, der unter Außerachtlassung der Sorgfalt, die er im Verkehr in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, seinen Besitz verloren oder an eine andere Person übertragen habe. Die Herausgabepflicht des Besitzers sei weder davon abhängig, daß dieser bei dem Erwerb des Besitzes schuldhaft gehandelt habe, noch unterliege der Anspruch des Eigentümers in irgendeiner

1) vgl. RGZ 93, 281

2) vgl. BGH in BB 54, 758

Richtung einer Begrenzung, weil er bei dem Verlust seines Besitzes die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet habe.

Diese Auffassung wird von Rechtsprechung und Literatur allgemein geteilt. Lediglich Langenbach¹⁾ meint, daß auf Grund der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB beim § 1004 BGB auch im Rahmen des § 985 BGB der Einwand des Selbstverschuldens möglich sei, da die bei § 1004 BGB dem Eigentümer zugesprochenen Rechte aus der gleichen Quelle fließen, wie die des § 985 BGB.

2. Langenbach stützt sich u.a. auf die Ansicht von Fröhner²⁾, der den Anspruch aus § 985 BGB als Schadensersatzanspruch ansieht, da die Herausgabe an den Eigentümer der Wiederbeschaffung des Besitzes, und somit Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB, entspreche.

Langenbach meint, auch wenn ihm die Wortfassung Fröhners im allgemeinen zu weit ginge, käme der Herausgabeanspruch doch seinem wirtschaftlichen Zweck und Ziele nach einem Schadensersatzbegehren mehr oder minder ähnlich, da er auf Ausgleichung der Vermögenslücke gerichtet sei. Es sei deshalb nach den Grundsätzen der Rechtsähnlichkeit gleichgültig, ob man den Anspruch als eigentlichen Schadensersatzanspruch ansehen wolle oder nicht. Langenbach sieht deshalb für die Zukunft das mögliche Ergebnis, daß z.B. ein Pfandbriefeigentümer zwar sein Eigentum wieder erhalte, aber als gerechten Ausgleich für seine eigene grobe Fahrlässigkeit einen gewissen Teil des vom Besitzer an den Dieb gezahlten Kaufpreises ersterem zu vergüten habe. Diese Lösung sei umso gerechter, je geringer das Verschulden des Erwerbers und je größer dasjenige des Bestohlenen gewesen sei.

1) vgl. JW 1933, 691

2) vgl. Recht 1920, 141

Langenbach stellt die Frage, ob es denn gerecht sei, wenn ein Fahrradeigentümer, der durch eigenes schweres Verschulden bestohlen worden sei, dem völlig gutgläubigen Erwerber des Rades kurzerhand ohne jegliche Entschädigung dieses wieder abnehmen dürfe.

5. Es wird nicht verkannt, daß es sich bei den zuletzt zitierten Aufsätzen um Meinungen handelt, die in der heutigen Zeit - soweit ersichtlich - keine Nachfolger gefunden haben und auch in ihrer Zeit zu einer Mindermeinung gehörten. Dennoch soll auf diese Meinungen eingegangen werden, da sie für eine analoge Anwendung des § 254 BGB eintreten.

Im Gegensatz zu der oben dargestellten Ansicht zielt § 985 BGB nicht auf den Ausgleich einer Vermögenslücke, sondern stellt einen originären Anspruch dar, der die Rechtsgüterzuordnung wahren und nicht einen Ausgleich für erlittene Rechtseinbußen schaffen will. Beim § 985 BGB geht es auch nicht um die Frage, was im einzelnen billig und gerecht ist, sondern diese Vorschrift gewährleistet die Durchsetzung der vom Gesetzgeber gewollten Rechtsgüterzuordnung. Eine Teilung von nachteiligen Ergebnissen im Rahmen des § 985 BGB würde praktisch eine Enteignung des Berechtigten darstellen, da sein Verhalten, das zum Verlust seines Eigentums geführt hat, der Prüfung der Frage ausgesetzt wäre, ob er noch einen Herausgabeanspruch hat oder nicht. Dies würde den Rahmen des Gesetzes sprengen.

Dies haben auch die Vertreter der oben dargestellten Meinung gesehen und dementsprechend eine Rechtsfolge begründet, in der der Eigentümer seine Sache zwar zurückerbekommt, dem Besitzer jedoch einen angemessenen Ausgleich für dessen eigene Unkosten beim Erwerb des Eigentums zu bezahlen hat. Damit bleibt jedoch der Anspruch des § 985 BGB unangetastet. Es wird lediglich über § 254 BGB ein Rechtsinstitut des Vermögenseinbußen-

ausgleich für den redlichen Besitzer, der sich einem Anspruch aus § 985 BGB ausgesetzt sieht, entwickelt. Das Problem ist, ob ein solches Rechtsinstitut aus § 254 BGB entwickelt werden kann. Wenn jemand durch grobe Sorglosigkeit sein Eigentum verliert, und ein redlicher Besitzer es von dem Dieb ankauft, so soll ersterer eine angemessene Entschädigung erhalten. Man muß sich dagegen fragen, was dann sein soll, wenn der Eigentümer, obwohl er seine Sache sorgfältig bewacht hat, dennoch das Opfer eines Diebstahls wird, und die Sache wiederum von einem, der sich durch äußerste Redlichkeit auszeichnet, aufgekauft und besessen wird. Hier hätte der redliche Besitzer keinen Anspruch auf Entschädigung.

Die Frage einer Entschädigung ist somit von dem Verhalten des Besitzers weitgehend unabhängig und entzieht sich auch sonst jeder Gesetzmäßigkeit in der Begründung, sondern berücksichtigt vielmehr ganz allgemein den Sachverhalt mit dem entsprechenden Beitrag der Betroffenen und kommt danach zu einem Ergebnis, das dem jeweiligen Gerechtigkeitsgefühl entspricht. § 254 BGB würde damit zum Anknüpfungspunkt für eine richterliche Entscheidung werden, die auf Grund allgemeiner Betrachtung zu einem Ergebnis kommt, das die jeweiligen Richter im Einzelfall für eine billige und gerechte Lösung ansehen. Eine solche Auslegung des § 254 Abs.1 BGB ist jedoch - wie bereits mehrfach dargestellt - zu weitgehend.

Die oben dargestellten Meinungen bedeuten darüberhinaus auch, daß § 254 BGB nicht nur einen eigenen Schadensersatzanspruch kürzt, sondern einem Dritten einen solchen gibt. Wenn nämlich der Besitzer die Sache zwar herausgeben muß, dafür aber eine billige Entschädigung verlangen kann, dann bedeutet dies, daß § 254 BGB zur Anspruchsgrundlage wird. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift, der das Bestehen einer Schadensersatzpflicht voraussetzt¹⁾ und keinen

1) vgl. RGZ 57, 89 und Schmidt in Soergel-Siebert, § 254 Nr.12

eigenen Schadenersatzanspruch gibt. Dem widersprechen auch nicht die Überlegungen, die im Rahmen des Gewährleistungsrechts¹⁾ angestellt wurden. Im Gegensatz zum Gewährleistungsrecht wirkt sich der Gegenanspruch des Besitzers nicht nur auf der Rechtsfolgenseite aus. Während im Gewährleistungsrecht die Folge einer gestörten Rechtsbeziehung geregelt wird, liegt beim Herausgabeanspruch eine solche gar nicht vor. Die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien beruht grundsätzlich einzig und allein auf § 985 BGB. Ein Gegenanspruch des Besitzers würde sich deshalb auch nicht innerhalb eines Rechtsverhältnisses entwickeln, das der Beseitigung oder dem Ausgleich einer aufgetretenen Störung dient, sondern er würde als selbständige und rechtlich von § 985 BGB isolierte Gegenforderung auftreten und damit rechtsbegründend sein.

Eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB ist daher im Rahmen des § 985 BGB weder auf die Weise möglich, daß er über diese Vorschrift Anwendung findet, noch in der Form, daß in Anlehnung an § 254 BGB ein allgemeines Rechtsinstitut der billigen und gerechten Entschädigung zugunsten desjenigen entwickelt werden kann, der sich in einer Vindikationslage befindet.

Dieses Ergebnis bestätigt auch der Gesetzeswortlaut. Mit den §§ 932, 935 BGB hat der Gesetzgeber eine rigorose Scheidung zwischen vindikatorischem Eigentumsschutz und dessen Verzögerung getroffen und damit die Möglichkeit eines Lösungsanspruches, bzw. Entschädigungsanspruches verneint.

Der Herausgabeanspruch verfehlt die Zuordnung des Eigentums. Dabei beruht seine Wertung nur auf einem Entweder-Oder. Die entsprechende Anwendung des § 254 BGB würde dieser Wertung zuwiderlaufen und letztlich zu einer Relativierung des Eigentums führen.

1) vgl. S.102 ff. der vorliegenden Arbeit

X. Sonstige sachenrechtliche Vorschriften

1. Ausgleichsanspruch gem. § 906 II Satz 2 BGH

§ 906 Abs.2 Satz 2 BGB sieht vor, daß der Eigentümer, der eine wesentliche Beeinträchtigung seines Grundstücks zu dulden hat, von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen kann, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

Die Frage ist, ob im Rahmen dieser Vorschrift eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB geboten ist. Entsprechend müßte die Anwendung deshalb sein, weil es sich bei § 906 Abs.2 Satz 2 BGB um keinen Schadensersatzanspruch handelt¹⁾. Dies folgt schon daraus, daß das Gesetz lediglich vom Ausgleich und nicht vom Schadensersatz spricht.

Zunächst ist zu prüfen, ob im Rahmen der betreffenden Vorschrift eine Lücke vorliegt. Daran könnte man deshalb zweifeln, weil § 906 Abs.2 Satz 2 BGB von einem angemessenen Ausgleich spricht. Dies heißt, daß die Höhe des Ausgleichs im Wege einer Abwägung sämtlicher Umstände festgestellt wird. Im Rahmen dieser Abwägung könnten diejenigen Umstände berücksichtigt werden, die normalerweise eine analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nahelegen. Die Regelung des § 906 Abs.2 Satz 2 BGB zeigt somit selbst einen Weg, wie bei zurechenbarer Mitverantwortlichkeit des Anspruchsberechtigten eine gerechte und billige Haftungsteilung vorzunehmen ist²⁾.

1) vgl. Westermann, Sachenrecht, S.310

2) vgl. BGH in JZ 1968, 269 (271)

a) Im Gegensatz zum Bundesgerichtshof¹⁾ wendete das vorher mit demselben Sachverhalt befaßte Oberlandesgericht § 254 Abs.1 BGB entsprechend an. Es ging dabei so vor, daß es zunächst hinsichtlich des entsprechenden Anteils an Mitverantwortlichkeit den Anspruch nach § 906 Abs.2 Satz 2 BGB unterteilte und aus dem verbliebenen Teil einen angemessenen Ausgleich bildete²⁾.

Auch das Oberlandesgericht Köln³⁾ wendet in einer Entscheidung den § 254 Abs.1 BGB entsprechend an, wobei es sich jedoch nicht ausdrücklich dafür ausspricht, sondern vielmehr in alternativer Form von dem Rechtscharakter des Anspruchs nach § 906 Abs.2 Satz 2 BGB abhängig macht. Hinsichtlich des Rechtscharakters des § 906 Abs.2 Satz 2 BGB ist nämlich zu berücksichtigen, daß über die Frage Streit besteht, ob es sich bei diesem Anspruch um einen vollen Ausgleichsanspruch⁴⁾ oder lediglich um einen Anspruch nach angemessener Entschädigung handelt⁵⁾.

Der Bundesgerichtshof⁶⁾ bemißt den Anspruch nach § 906 Abs.2 Satz 2 BGB nach den Grundsätzen für die Enteignungsentschädigung. Dies bedeutet, daß in der Regel nicht der volle Ausgleich zu gewähren, sondern je nach den Umständen des Falles ein Abzug vorzunehmen ist, wobei letzterer nach Billigkeit Gesichtspunkten zu erfolgen hat.

Nach einer Meinung⁷⁾ hat im Rahmen des § 906 Abs.2 Satz 2 BGB eine Beurteilung der Interessengegensätze unter Bil-

1) vgl. BGH in JZ 1968, 269

2) vgl. die Ausführungen des Oberlandesgerichts, soweit sie aus den Gründen des BGH-Urteils in JZ 68, 269 (271) hervorgehen.

3) OLG Köln in Vers.R. 1965, 722 (723)

4) lediglich in diesem Fall wendet das OLG Köln § 254 BGB entsprechend an.

5) vgl. Palandt-Bassenge, § 906 Nr.6

6) vgl. BGH in JZ 1968, 269 (271)

7) vgl. Hubmann in JZ 1968, 271 (272)

ligkeitsgesichtspunkten nur bei der Frage der Unzumutbarkeit zu geschehen. Die Frage des zu gewährenden Ausgleichs sei jedoch aus Gründen der Nachvollzieh- und Nachkontrollierbarkeit in der Weise durchzuführen, daß eine "analytisch-zergliedernde Betrachtungsweise" erfolgt¹⁾.

Diese Meinung widerspricht also der Ansicht des Bundesgerichtshofs, da sie die Auffassung vertritt, daß dieser bei der Interessenabwägung einem Pauschalurteil das Wort rede, welches für rein gefühlsmäßige, nicht nachkontrollierbare Entscheidungen zu viel Spielraum lasse.

Für die Lückenfeststellung ergibt sich somit:

Folgt man dem Bundesgerichtshof, liegt bei § 906 Abs.2 Satz 2 BGB keine Lücke vor; eine Zurechenbarkeit im Sinne des § 254 Abs.1 BGB ließe sich über die erstgenannte Vorschrift berücksichtigen. Folgt man jedoch der Gegenmeinung, so würde eine Lücke vorliegen, da dem Anspruchssteller grundsätzlich ein voller Ausgleich zusteht, bei dem das eigene Verhalten nicht unbeachtet bleiben darf.

- b) Die insbesondere von Hubmann vertretene Gegenmeinung erkennt m.E., daß auch ihre Gedanken nicht geeignet sind, eine nachkontrollierbare und nachvollziehbare Entscheidung zu gewährleisten. Auch eine Anwendung des § 254 BGB wäre nicht in der Lage, demjenigen, der einen Ausgleichsanspruch begehrt, im vorhinein zu sagen, was er bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu erwarten hat. Die Vorschrift des § 254 BGB läßt dem betreffenden Richter zu viel Entscheidungsraum und entbehrt weitgehend konkreter Anhaltspunkte, als daß seine Anwendung eine "analytisch-zergliedernde Betrachtungsweise" garantiert. So sehr die Notwendigkeit besteht, vorhersehbare Entscheidungen zu gewährleisten, muß doch bei § 906 BGB erkannt werden, daß das Problem der Vorher-

1) so Hubmann in JZ 1968, 271 (272)

sehbarkeit bei dieser Vorschrift gleichermaßen besteht wie bei einer analogen Anwendung des § 254 BGB.

Deshalb ist im vorliegenden Fall keine Lücke gegeben, die eine Anwendung des § 254 Abs.1 BGB rechtfertigen würde. Es kommt insbesondere auch nicht darauf an, wie man die Rechtsnatur des Ausgleichsanspruches nach § 906 Abs.2 Satz 2 BGB sieht, da sein Wortlaut demjenigen ein Instrumentarium gibt, der vor dem Problem steht, den Verursachungsbeitrag des Berechtigten zu überprüfen. Der Begriff des angemessenen Ausgleichs gibt dem Richter die Möglichkeit, den konkreten Sachverhalt angemessen zu beurteilen. Darüberhinaus ermöglicht er es jedoch auch für die Verfahrensbeteiligten oder die Instanzgerichte, die betreffende Entscheidung zu überprüfen.

§ 906 Abs.2 Satz 2 BGB ist seiner ganzen Stellung und seinem Rechtscharakter nach eine Vorschrift, die auf Billigkeitsgesichtspunkten beruht. Sie kann daher nicht zum Muster für begriffliche und systematische Auseinandersetzungen gemacht werden.

Daher ist im Rahmen dieser Vorschrift keine die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB rechtfertigende Lücke gegeben, sondern vielmehr sind die betreffenden Lebenssachverhalte bei dem Begriff der Angemessenheit und somit aus der Vorschrift selbst, zu berücksichtigen.

2. Überbau gemäß §§ 912 ff. BGB

§ 912 BGB bestimmt, daß für den Fall, daß der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut hat, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, der Nachbar den Überbau zu dulden hat, es sei denn, daß er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. Der Nachbar ist jedoch durch eine Geldrente zu entschädigen, wobei für die Höhe der Rente die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend ist.

Im Rahmen dieser Vorschrift fehlt bislang eine höchst-richterliche Rechtsprechung, die eine Aussage darüber trifft, ob § 254 Abs.1 BGB entsprechend anwendbar ist. In zwei Entscheidungen¹⁾ war zwar das Reichsgericht mit Fällen befaßt, in denen seitens des einen der Verfahrens- beteiligten die Anwendung des § 254 BGB in den Rechtsstreit eingeführt wurde, jedoch konnte der be- treffende Senat auf Grund des Fehlens sonstiger Voraus- setzungen einer diesbezüglichen Entscheidung aus dem Weg gehen.

- a) Auch bei § 912 BGB handelt es sich nicht um einen Scha- densersatz- sondern um einen Entschädigungsanspruch. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 912 BGB und aus der Tatsache, daß die Entschädigung des § 912 BGB nur dann zu gewähren ist, wenn der Nachbar den Überbau zu dulden hat.

Der Rechtsgedanke des § 912 BGB ist der, daß die in der Regel zu erwartende Zerstörung erheblicher wirtschaftli- cher Werte vermieden werden soll. So können unverhältnis- mäßige Kosten entstehen, wenn der Eigentümer eine Mauer abreißen und wieder aufbauen muß, obwohl diese nur ge- ringfügig in das Nachbargrundstück hineinragt. In die- sem Fall soll das Gesetz Abhilfe schaffen, indem es dem Eigentümer des überbauten Grundstücks gegen Wertaus- gleich verpflichtet, den Überbau zu dulden, es sei denn, der Bauende hat grob fahrlässig gehandelt, oder der Be- einträchtigte hat sofort widersprochen.

Die Vorschrift des § 912 BGB findet ihre Grundlage in dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis. In dem Fall, in dem keine schwerwiegenden Interessen des Nach- barn entgegenstehen, muß dieser den einmal entstandenen Zustand hinnehmen, zumal Überbauten oft Folge einer Grenzkun- klarheit sind, die beide Eigentümer gegen sich gelten lassen müssen. Die §§ 912 ff. gehen danach auf den Grundgedanken des § 242 BGB zurück²⁾.

1) vgl. RGZ 74, 87 (90) und RGZ 129 , 394 (397)

2) vgl. zu dem Gesagten: Westermann, Sachenrecht, S.318

Die Rechtsfolge des § 912 BGB ist die, daß der Nachbar durch eine Geldrente zu entschädigen ist. Das Problem ist, ob sich auf deren Höhe die Tatsache auswirken kann, daß der Überbau in irgendeiner zurechenbaren Weise von dem Nachbarn mitverursacht wurde.

- b) Da es sich - wie eingangs erwähnt - bei dem Rentenanspruch des § 912 BGB nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, könnte § 254 BGB allenfalls entsprechende Anwendung finden. Auch hier wiederum ist die Frage nach einer Lücke zu stellen. Schon in der Formulierung des § 912 BGB ist ein Fall der zurechenbaren Mitverursachung geregelt, nämlich der, daß der Nachbar nicht sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. Dies ist überhaupt die Voraussetzung dafür, daß der Nachbar den Überbau gem. § 912 BGB zu dulden hat.

Einen anderen Fall der Mitverursachung könnte man sich in der Art denken, daß der Nachbar z.B. durch Aufrechterhaltung oder Förderung von Grenzunklarheiten dem Überbau Vorschub geleistet hat.

Es wurde bereits ausgeführt, daß sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 912 BGB von der volkswirtschaftlichen Überlegung leiten ließ, daß die Erhaltung bestehender Gebäude wichtiger ist als die schroffe Durchsetzung des Eigentums¹⁾. Der Nachbar hat deshalb einen Überbau als gesetzliche Eigentumsbeschränkung gegen entsprechende Entschädigung durch eine Geldrente zu dulden. Statt der Rente kann er jederzeit den Abkauf der überbauten Fläche verlangen (§ 915 BGB).

Das wesentliche der §§ 912 ff. BGB ist demnach, daß es sich um eine Beschränkung und nicht um eine Schutzvorschrift des Eigentums handelt. Im Vordergrund steht, daß

1) vgl. Motive zum BGB Bd.III S.283; Protokolle zu BGB, S.135; vgl. auch RGZ 160, 166

sich ein Eigentümer entgegen seinen Befugnissen aus § 903 BGB in bestimmten Fällen eine Beschränkung seines Rechts gefallen lassen muß. Dafür soll ihm als Ausgleich eine Entschädigung zugesprochen werden. Die Vorschrift des § 912 BGB dient daher vorwiegend der Beschränkung eines Rechts und weniger der Abwehr von Beeinträchtigungen, die auf dieses Recht einwirken.

Damit muß die Frage gestellt werden, ob es bei der Anwendung des § 912 BGB über den in dieser Vorschrift selbst geregelten Fall überhaupt darauf ankommt, in welcher Weise der Nachbar das Zustandekommen des Überbaus beeinflußt hat. Die Geldentschädigung knüpft nämlich nicht an der Tatsache an, daß der Eigentümer in irgendeiner Weise den Überbau in zurechenbarer Form herbeigeführt hat, sondern vielmehr auf die objektiven Eigentumsverhältnisse. Kann man dem Eigentümer für den Überbau einen Vorwurf machen, so findet § 912 BGB keine Anwendung; bei leichter Fahrlässigkeit greifen die schadensersatzrechtlichen Vorschriften ein.

Würde man umgekehrt den Anspruch auf Geldrente als eine Entschädigung für vergangenes Tun und nicht als Entschädigung für die dauernde Beeinträchtigung eines objektiven Rechts ansehen, so wäre die Vorschrift des § 915 BGB, wonach der Rentenberechtigte von dem Rentenverpflichteten jederzeit die Abnahme der überbauten Fläche verlangen kann, systemwidrig.

Wenn § 912 BGB nun einerseits allein auf der Tatsache aufbaut, daß in das absolute Recht eines anderen eingegriffen wurde, muß es eine Überprüfung des Verhaltens des betroffenen Nachbarn außer Acht lassen. Andernfalls wäre diese Vorschrift nicht nur eine Beschränkung von Eigentumsrechten, sondern darüberhinaus auch eine Vorschrift, die über die entsprechende Einführung des § 254 Abs.1 BGB zu einem bestimmten Teil eine entschädigungslose Enteignung darstellen würde. Denn derjenige, der ohnehin die

Verfügungsbefugnis über einen Teil seines Eigentums verloren hat, dafür aber eine angemessene Entschädigung bezieht, würde diese bei entsprechender Mitverursachung vollends verlieren.

Die Vorschrift des § 912 BGB weist insoweit keine Lücke auf, als es erforderlich ist, das Verhalten der Beteiligten zu würdigen. In dieser Vorschrift ist nämlich bereits wörtlich ausgeführt, inwieweit das Verhalten der Beteiligten von Bedeutung ist, nämlich auf Seiten des Überbauenden fehlender Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit und auf Seiten des betroffenen Nachbarn das Unterlassen eines Widerspruchs.

Auch die Tatsache, daß in § 912 Abs.2 BGB für die Höhe der Rente allein die Quantität der Grenzüberschreitung als maßgebliches Kriterium aufgeführt ist, zeigt, daß der Gesetzgeber andere Umstände nicht in Betracht kommen lassen wollte. Dieser Absatz läßt erkennen, daß dem Gesetzgeber die Frage nach der Höhe der Rente bewußt gewesen ist, und daß er hierfür eine Wertermittlungsregelung treffen wollte. Es wäre ein Leichtes gewesen - und es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, daß er dies übersehen hat - über den Zeitgesichtspunkt hinaus weitere Kriterien für die Frage der Geldentschädigung zu treffen.

Die Anwendung des § 254 BGB im Rahmen der § 912 ff. BGB ist somit nicht gegeben, da diese Vorschrift insoweit keine Lücken aufweist.

B. Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

Im Rahmen des Arbeitsrechts ist es im Zusammenhang mit der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB zu einer verhältnismäßig lebhaften Diskussion gekommen.

I. Lohnanspruch

1. Beim Lohnanspruch handelt es sich um einen Erfüllungsanspruch insoweit wird auf die oben gemachten Ausführungen Bezug genommen¹⁾. Ergänzend sollen die Meinungen dargestellt werden, die eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB im Hinblick auf die arbeitsrechtliche Problematik zum Gegenstand hatten.

Dabei wird ein Sachverhalt zu Grunde gelegt, bei dem der Entlassene eine unzulässige Kündigung mitverschuldet hat, insbesondere dadurch, daß er eine Vertragsverletzung begangen hat, die zwar nicht schwer genug ist, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen, die aber immerhin dem Unternehmer zur Kündigung Anlaß gegeben hat²⁾.

Es wurde teilweise vertreten, daß der Lohnanspruch des Arbeitnehmers in analoger Anwendung des § 254 BGB zu verringern sei³⁾.

Dabei wurde verschiedentlich so argumentiert, daß in Fällen der fristlosen Entlassung eines Arbeitnehmers nicht nur ein Anspruch aus § 615 BGB, also Gläubigerverzug, sondern auch ein Anspruch aus den §§ 284, 286 BGB, damit aus Schuldnerverzug, ausgelöst wird. Hierher gehören namentlich die Fälle, in denen der Arbeitgeber durch

-
- 1) vgl. Seite 74 ff. der vorliegenden Arbeit
 - 2) Für den Fall beiderseitigen Verschuldens, das jedem der Parteien das Recht der fristlosen Kündigung gäbe, vgl. BAGE 18, 307
 - 3) vgl. Kallée in GewuKfMG 31, 413;
Bondi in GewuKfMG 30, 558

die fristlose Entlassung seine Verpflichtung, dem Arbeitnehmer den Verdienst (z.B. von Bedienungsgeld beim Hotelportier oder Kellner) oder die vereinbarte freie Kost und Wohnung (z.B. beim Hausgehilfen) zu gewähren, verletze. Hier komme der Arbeitgeber durch die ungerechtfertigte fristlose Entlassung nicht nur in Annahmeverzug, sondern zugleich auch in Leistungsverzug.

Für den Anspruch des Arbeitnehmers auf Ersatz des durch den Leistungsverzug entstandenen Schadens gelte ohne Zweifel § 254 BGB. Es wäre somit widersinnig, schließt Kallee, den § 254 BGB dann auf die Ansprüche wegen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nicht anzuwenden. Wenn nun also in solchen Fällen gemischten Verzugs die Vorschrift des § 254 BGB auch auf die Ansprüche aus dem Annahmeverzug anzuwenden sei, so müßte das gleiche auch für die Fälle gelten, in denen nur Ansprüche aus dem Annahmeverzug entstanden.

Darüberhinaus meint Kallee, daß ein dringendes praktisches Bedürfnis für die Anwendung des § 254 BGB auf die Ansprüche aus fristloser Entlassung bestünde, da in der Praxis immer wieder Fälle zu entscheiden seien, in denen die Frage der Berechtigung der fristlosen Entlassung schwer zu entscheiden sei. Ohne Anwendung des § 254 BGB wären in vielen Fällen Härten nicht zu vermeiden. Dem Richter sei jedoch mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 254 BGB ein Instrumentarium in die Hände gegeben, das ihm die Möglichkeit biete, Härten auszugleichen.

Auch andere¹⁾ befürworten eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB, um den Bedürfnissen der Praxis im Hinblick auf eine gerechte Entscheidung Rechnung zu tragen.

Die herrschende Meinung hat jedoch stets die analoge Anwendung des § 254 BGB auf den Lohnanspruch abgelehnt. Das Reichsarbeitsgericht betonte stets, daß es sich bei dem Lohnanspruch um einen Erfüllungs- und nicht um einen

1) vgl. Bondi in GewuKfmG. 30, 558

Schadensersatzanspruch handele¹⁾. Eine Einschränkung dieses Lohnanspruches sei nur unter den Voraussetzungen des § 615 Satz 2 BGB möglich.

Auch der Bundesgerichtshof lehnt die analoge Anwendung des § 254 BGB im Rahmen des § 615 BGB ab²⁾. Dabei stellt sich der Bundesgerichtshof auf den Standpunkt, daß die Vorschrift des § 254 BGB durch die Bestimmung des § 615 Satz 2 BGB ersetzt werde³⁾. Dies bedeutet, daß der Bundesgerichtshof im Rahmen des Lohnanspruches davon ausgeht, daß keine Lücke im Gesetz besteht, die eine Analogie rechtfertigen würde.

2. Mir erscheint jedoch das durchgreifende Argument für die Ablehnung einer analogen Anwendung zu sein, daß es sich beim Lohnanspruch um einen Erfüllungsanspruch handelt. Ob § 615 Satz 2 BGB tatsächlich so verstanden werden kann, daß es sich hierbei um eine abschließende Regelung des das Problem sehenden Gesetzgebers handelt, ist zu bezweifeln. § 615 Satz 2 BGB ist offensichtlich eine Vorschrift, die allenfalls der Norm des § 254 Abs. 2 BGB zugeordnet werden kann. Für die Frage jedoch, was in dem Fall zu erfolgen hat, wo der Annahmeverzug durch beiderseitige Verursachung entstanden ist, trifft § 615 BGB keine Aussage⁴⁾. Allein aus der Tatsache dieses Schweigens und der Existenz des § 615 Satz 2 BGB kann bei der unterschiedlichen Zielsetzung und dem verschiedenen Bereich nicht der Schluß gezogen werden, daß § 615 Satz 2 BGB für alle denkbaren Fälle, in denen man an eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB denken könnte, eine abschließende Regelung darstellt.

1) vgl. RAG in ARS 7, 331 (333); ARS 30, 120 (121); HRR 1935, Nr. 360

2) vgl. BGH in NJW 67, 250; BGH Urteil vom 11.3.1963 - VII ZR 176/61 -

3) vgl. BGH Urteil v. 11.3.1963 - VII ZR 176/61 -

4) vgl. auch Keller, S. 65

Dies ändert jedoch nichts daran, daß im Rahmen des Lohnanspruches eine analoge Anwendung aus der im Rahmen der Untersuchung bezüglich des Erfüllungsanspruchs gemachten Begründung nicht erfolgen kann.

Obwohl es das vorliegende Thema nur am Rande berührt, sei jedoch in diesem Zusammenhang auch auf die spezielle Begründung von Schmike¹⁾ verwiesen, der die Anwendung des § 254 BGB nicht allein aus systematischen, sondern auch aus Gründen der Billigkeit ablehnt. Schmike ist nämlich der Ansicht, daß auch in den Fällen, in denen die Reizung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer Grund für die fristlose Entlassung gewesen sei, es eine Verwechslung von Anlaß und Ursache darstellen würde, wenn man einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB das Wort reden wolle. Denn letztlich wäre es immer noch der Dienstberechtigte, der sich in freier Willensentscheidung zu der Entlassung des Dienstpflichtigen entschlossen habe. Die Tatsache, daß er diese Entlassung ohne Rechtsgrund ausspreche, also einen Vertrag breche, sei letztlich eben die alleinige Ursache des dem Entlassenen entstehenden Schadens. Wenn man nun zwar im Zusammenhang einer unerlaubten Handlung, wie z.B. einer Schlägerei, durchaus ein mitwirkendes schuldhaftes Verursachen durch die Reizung des Täters erkennen könne, so sei eine "Reizung" zum Bruch eines Vertrages in diesem Sinne eine kaum mögliche Konstruktion. Deshalb habe derjenige, der den klaren Kopf verliere, und sich somit zu einem Vertragsbruch reizen lasse, nicht das Recht, die Folgen auf den anderen Vertragsparteil abzuwälzen.

Diese Argumentation von Schmike ist zu begrüßen, da sie sich dem offensichtlich damals schon verbreiteten Versuch widersetzt, die Rechtsfolgen einer rechtlichen Konfliktsituation auf möglichst viele Schultern zu verteilen. Es wäre in der Tat ein alarmierendes Zeichen, wenn sich in Rechtslehre und Rechtsprechung die Ansicht durchsetzen würde, daß auch der bewußte Vertragsbruch nicht ohne Berücksichtigung des Verhaltens des anderen beurteilt werden dürfe. Inwieweit eine solche Beurteilung zu erfolgen hat, ist allein dem Gesetz zu überlassen, das die dafür erforderlichen Institute entwickelt hat.

1) in GewuKfMG 30, S.479 (480, 481)

Würde man jedoch insoweit der Gegenmeinung folgen, so ist durchaus der Fall denkbar, daß jemand von einem Kaufvertrag mit der Begründung zurücktritt, daß der Vertragspartner durch anderweitig unsorgfältig erfüllte Verträge im Käufer ein Mißtrauen gesät habe, das ihm, wenn auch nicht in vollem Umfang, so doch in gewissem Maße, das Recht gebe, die Folgen seines Vertragsbruchs auf den anderen abzuwälzen.

II. Mankohaftung

Als Manko bezeichnet man im Arbeitsrecht den Schaden, den ein Arbeitgeber dadurch erleidet, daß ein seinem Arbeitnehmer anvertrauter Warenbestand oder eine von diesem geführte Kasse eine Fehlmenge, bzw. einen Fehlbetrag aufweist¹⁾.

Die Mankohaftung des Arbeitnehmers kann auf einer besonderen Mankovereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beruhen, kraft derer sich der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber ein entstandenes Manko zu ersetzen, oder auf den allgemeinen Haftungsbestimmungen, d.h. den Vorschriften über die positive Forderungsverletzung, über die unerlaubte Handlung und bei Arbeitnehmern, die eine besondere Vertrauensstellung haben, über die §§ 675, 688 ff. BGB²⁾.

Soweit die Mankohaftung auf den Vorschriften des Schadensrechts beruht, kann die Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB nicht zur Diskussion stehen, da eine direkte Anwendung geboten ist. Wenn die Mankohaftung auf einer besonderen Abrede beruht, oder wenn der Anspruch auf Vertragserfüllung gestützt ist³⁾ wendet Rechtsprechung⁴⁾ und Lehre⁵⁾ § 254 BGB analog an.

Dabei führt das Bundesarbeitsgericht aus, daß es gleichgültig sei, ob der Arbeitgeber die Mankohaftung auf Schadenersatz oder auf Erfüllung stütze, da es auf eine jeweilige Qualifizierung durch ihn nicht ankommen könne. Die Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB sei lediglich dem dem Gericht vorliegenden Sachverhalt zu entnehmen und nicht der Bestimmung durch den jeweiligen Klagvortrag.

1) vgl. Schaub, S.200

2) vgl. Schaub, S.200, 201

3) vgl. BAG in AP 64 zu § 611 BGB unter "Haftung des Arbeitnehmers"

4) vgl. BAG in BB 1971, 705

5) vgl. Schaub, S.201

Auch wenn es sich bei der Mankohaftung formal um einen Erfüllungsanspruch handelt¹⁾, muß § 254 BGB analog Anwendung finden. Denn letztlich handelt es sich bei einem derartigen Erfüllungsanspruch seinem materiellrechtlichen Gehalt nach auch um einen Haftungsanspruch. Es kann für die Frage der analogen Anwendung einer Norm keine Rolle spielen, ob das zu beurteilende Rechtsverhältnis von den Parteien auf Grund einer besonderen Vereinbarung eine andere Bezeichnung erfährt, als es seinem materiellrechtlichen Gehalt nach darstellt. Bei einer selbständigen Garantievereinbarung einer Mankohaftung handelt es sich letzten Endes doch nur um den Fall eines Sekundäranspruches, der zum Gegenstand eines selbständigen Schuldverhältnisses gemacht wird. Im wesentlichen wäre es dasselbe, wie wenn man eine mögliche, zukünftige Schadensersatzverpflichtung zum Gegenstand eines Garantievertrages macht.

Selbst wenn man jedoch den Garantievertrag als selbständige Verbindlichkeit ansieht, so würde das Mitverschulden des Arbeitgebers insoweit Berücksichtigung finden, als es dem Arbeitnehmer einen Anspruch aus positiver Forderungsverletzung geben würde. Wenn nun der Mitverursachungsbeitrag des Arbeitgebers sich darin erschöpft, daß das Manko betriebsbezogene Gründe aufweist, dann sollte man mindestens in entsprechender Weiterführung der Sphärentheorie ebenfalls zu einer Haftungsteilung kommen.

Letzten Endes kommt es jedoch m.E. auf diese Konstruktionen nicht an, da § 254 Abs.1 BGB aus den obengenannten Gründen auch dann Anwendung finden muß, wenn die Mankohaftung von den Parteien zu einer selbständigen Vertragsabrede gemacht wird, da hier letztlich nur einem Tatbestand, der aus der Störung eines bestehenden Rechtsverhältnisses folgt, eine selbständige Bedeutung im Sinne eines Erfüllungsanspruchs gegeben wird.

1) nach BAG in AP Nr.54 zu § 611 BGB dann, wenn der Arbeitnehmer eine Garantiehftung übernommen hat.

III. Ansprüche aus § 617 BGB

§ 617 BGB gewährt einem Dienstverpflichteten, der in die häusliche Gemeinschaft seines Dienstherrn aufgenommen wurde, im Falle der Erkrankung Verpflegung und ärztliche Behandlung auf Kosten des Dienstherrn. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Erkrankung von dem Dienstverpflichteten vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde.

Die Frage ist, ob § 254 Abs.1 BGB im Falle der leichten Fahrlässigkeit entsprechend¹⁾ angewendet werden kann.

Dies wird vereinzelt vertreten²⁾, da § 617 BGB für den Fall der leichten Fahrlässigkeit keine Regelung getroffen habe.

Diese Ansicht ist m.E. unzutreffend, da das Gesetz diesen Fall durchaus geregelt hat, wenn auch nur durch ein "beredtes Schweigen".

§ 617 BGB ist Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers³⁾. Diese Fürsorge wird dadurch noch verstärkt, daß die häusliche Gemeinschaft ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien bewirkt.

Wenn nun für den Dienstherrn eine erhöhte Fürsorgepflicht besteht, dem Dienstverpflichteten im Falle der Krankheit materiell beizustehen, so muß es andererseits dem Dienstverpflichteten versagt sein, die Kosten seiner Krankheit dann auf seinen Dienstherrn abzuwälzen, wenn er seine Krankheit durch grob leichtfertiges Verhalten oder durch mutwillige Gefährdung seiner Gesundheit herbeigeführt hat⁴⁾. Das Gesetz will somit nicht der Frage nachgehen, wer die Krankheit zu verantworten hat, sondern lediglich klarstellen,

1) entsprechend deshalb, weil § 617 BGB kein Schadensersatzanspruch ist

2) vgl. Keller, S.66; Gottschalk, S.113

3) vgl. Wlotzke-Volz in Soergel-Siebert § 617 Nr.1

4) so auch Staudinger-Mohnen, § 616 Nr.15

daß die Fürsorgepflicht dort ihre Grenzen hat, wo der Dienstverpflichtete auf Grund seines eigenen treuwidrigen Verhalten den Fürsorgeanspruch verloren hat.

Es würde jedoch dem Sinn des § 617 BGB zuwiderlaufen, wenn man auch bei leichter Fahrlässigkeit seine Rechtsfolgen - wenn auch nur teilweise - aufheben würde. Die Fürsorgepflicht umfaßt auch die Krankheitsfälle, die leicht fahrlässig herbeigeführt werden. Die Besonderheiten des Alltages und die Risiken des Lebens sind so zahlreich und unübersehbar, daß die Krankheit nicht nur dann eine Fürsorge verdient, wenn sie unverschuldet ist. Die Möglichkeiten, eine Krankheit leicht fahrlässig herbeizuführen, sind so mannigfach, daß ihre strikte Beachtung den Dienstverpflichteten in unzumutbarer Weise einschränken würde.

Wenn hier die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB eine Einschränkung des Anspruches aus § 617 BGB zur Folge hätte, so würde dies dem obengenannten Rechtsgedanken dieser Vorschrift zuwiderlaufen. Der Wortlaut des Gesetzes, der auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit abhebt, kann folglich nur so verstanden werden, daß der Gesetzgeber in allen anderen Fällen dem Dienstverpflichteten die volle Fürsorge zukommen lassen wollte.

Eine Lücke des Gesetzes ist demnach nicht gegeben.

IV. Ansprüche der Berufsgenossenschaft aus der Reichsversicherungsordnung (RVO)

1. § 640 Abs.1 RVO hat nachfolgenden Wortlaut:

"Haben Personen, deren Ersatzpflicht durch § 636 oder § 637 beschränkt ist, den Arbeitsunfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt, so haften sie für alles, was die Träger der Sozialversicherung nach Gesetz oder Satzung infolge des Arbeitsunfalles aufwenden müssen. Statt der Rente kann der Kapitalwert gefordert werden.

Die Träger der Sozialversicherung können nach billigem Ermessen, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers auf den Ersatzanspruch verzichten".

Bei den in den §§ 636, 637 RVO genannten Personen handelt es sich im wesentlichen um den Arbeitgeber und den Betriebskollegen.

Dem Bundesgerichtshof lag in etwa nachfolgender Sachverhalt zur Entscheidung vor.

Die klagende Berufsgenossenschaft nahm die Beklagte aus Anlaß eines Arbeitsunfalles gem. § 640 RVO im Wege des Rückgriffs auf Ersatz ihrer Aufwendungen in Anspruch. Der verletzte Arbeiter hatte in einem ca. 2,50 m tiefen, maschinell ausgehobenen Graben zum Zwecke des Verbaus gearbeitet, ohne durch ein besonderes Gerät gesichert zu sein. Darin liegt ein Verstoß gegen die Unfallverhütungsvorschriften der Klägerin. Obwohl der Klägerin bekannt war, daß die meisten Tiefbaufirmen in ihrem Zuständigkeitsbereich beim Verbau eines Grabens kein Verbaugerät einsetzten, schritt sie gegen diesen Mißstand nicht ein. Sie hat sich lediglich darauf beschränkt, die Mitgliedsfirmen in Veröffentlichungen und Schulungen wiederholt auf die Notwendigkeit der Verwendung von Verbaugeräten hinzuweisen.

Die Frage ist nun, ob sich die klagende Berufsgenossenschaft ihren Anspruch aus § 640 RVO den Einwand des Mitverschuldens nach § 254 Abs.1 BGB entgegenhalten lassen muß.

2. Zunächst ist zu klären, ob hier eine direkte oder nur entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB in Frage kommt. Die Rechtsnatur des Anspruches aus § 640 RVO ist im Gegensatz zum Ersatzanspruch nach § 1542 RVO nicht ein gesetz-

1) vgl. BGH in NJW 1974, 797 ff.

licher Forderungsübergang, sondern stellt einen selbständigen, durch das Gesetz unmittelbar verliehenen Anspruch dar¹⁾. Dabei ist hervorzuheben, daß die Vorschrift des § 640 RVO dem früheren § 903 RVO alter Fassung entspricht²⁾. Für diesen Anspruch hatte der BGH klargestellt, daß es kein Schadensersatzanspruch, sondern ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch besonderer Art auf Ersatz mittelbaren Schadens sei³⁾. Das Gesetz und seine Materialien geben keinen Anlaß zu der Annahme, daß sich der Charakter dieses Anspruches durch das UVNG (Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 30.04.1963) gewandelt habe⁴⁾. Es gibt zwar Gegenstimmen⁵⁾, die in § 640 RVO einen Schadensersatzanspruch oder gar einen öffentlich-rechtlichen Anspruch sehen, diese Meinungen werden jedoch von der herrschenden Ansicht abgelehnt.

Wenn man nun in § 640 RVO einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch besonderer Art auf Ersatz mittelbaren Schadens sieht, kann eine Anwendung des § 254 BGB nicht in direkter Weise erfolgen. In Betracht kommt lediglich eine entsprechende Anwendung.

3. Auch hier wiederum ist zu klären, ob insoweit eine Lücke gegeben ist. Zweck des Anspruches aus § 640 RVO ist es, das Verantwortungsbewußtsein des Unternehmers und der Betriebsangehörigen wachzuhalten. Die Entlastung, die diese Personen bei Arbeitsunfällen durch die §§ 636, 637 RVO erfahren, könnte dazu führen, daß Leichtsinns und Gleichgültigkeit die Unfallgefahren erhöhen und

1) vgl. Nr.1 zu § 640 in Dersch-Knoll-Brockhoff-Schieckel-Schroeter-Völcker, RVO Gesamtkommentar

2) vgl. Nr.1 b zu § 640 in Dersch-Knoll-Brockhoff-Schieckel-Schroeter-Völcker, RVO-Gesamtkommentar

3) vgl. BGH in VersR 1957, 180

4) vgl. BGH in NJW 1974, 860; Nr.1b zu § 640 in Dersch-... RVO-Gesamtkommentar

5) so Ilgenfritz in NJW 1963, 1064; Nr.2b zu § 640 in Dersch-..., RVO-Großkommentar m.w.N.

dadurch die Leistungsfähigkeit der Versicherungsträger gefährden¹⁾.

Darüberhinaus hat der Anspruch aber auch eine wirtschaftliche Bedeutung, indem die Gesamtheit der Mitglieder eines Trägers der Sozialversicherung nicht durch das grob fahrlässige oder gar vorsätzliche Verhalten eines Einzelnen geschädigt werden soll.

Der Gesetzgeber hat die Frage des Mitverschuldens des Sozialversicherungsträgers nicht geregelt. Sieht man im § 640 RVO einen eigenen, unmittelbaren Anspruch des Sozialversicherungsträgers, dann kann dessen Verhalten nicht unberücksichtigt bleiben, zumal wenn der Zweck des Anspruchs auch der ist, dem Sozialversicherungsträger die Leistungsfähigkeit zu erhalten und ihn davor zu schützen, durch grob fahrlässiges oder gar vorsätzliches Verhalten der einzelnen Mitglieder geschädigt zu werden. Auch wenn man den Zweck des Gesetzes in seiner Erziehungswirkung sieht, erscheint es folgerichtig, nur demjenigen dieses Erziehungsrecht in vollem Umfange zuzugestehen, der seinerseits zum Entstehen des Schadens nicht beigetragen hat.

Selbst wenn man den Sinn des § 640 RVO darin sieht, daß der Betroffene auf Grund der bestehenden Sicherheiten nicht zu Lasten anderer mit seiner Sorgfalt nachläßt, so kann dies nur ein Nebenzweck dieser Vorschrift sein, weil dagegen eine private Haftpflichtversicherung möglich wäre.

Die Vorschrift des § 640 RVO verbietet daher grundsätzlich keine Schadensteilung; es ist somit von einer Lücke auszugehen.

1) vgl. Nr.1a zu § 640 in Dersch-....., RVO-Gesamtkommentar

4. Der Bundesgerichtshof¹⁾, der den Rechtsgedanken des § 254 BGB in dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) sieht, müßte konsequenterweise zu einer entsprechenden Anwendung des § 254 Abs.1 BGB deshalb kommen, weil es ein widersprüchliches Verhalten darstellt, wenn eine Berufsgenossenschaft, die ein bestimmtes Fehlverhalten mitverursacht oder geduldet hat, in vollem Umfang den Anspruch aus § 640 RVO geltend macht²⁾.

Dennoch hat der Bundesgerichtshof³⁾ die Zulässigkeit des Einwands des Mitverschuldens des Verletzten verneint. Eine dogmatische Begründung geht aus den Urteilsgründen nicht hervor.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung⁴⁾ besteht das Problem der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB deshalb nicht, weil die Berufsgenossenschaft, die selbst Maßnahmen nicht für erforderlich gehalten habe, ein Unterlassen derselben bei ihren Mitgliedern nicht als grobe Fahrlässigkeit bezeichnen könne. Der Einwand eines mitwirkenden Verschuldens des Sozialversicherungsträgers sollte daher Anlaß geben, die Annahme einer groben Fahrlässigkeit besonders sorgfältig zu prüfen.

Diese Ansicht mag dann zutreffen, wenn der Sozialversicherungsträger ein bestimmtes Verhalten in der Annahme geduldet hat, dies würde den Sicherheitsvorschriften noch genügen. Wenn der Sozialversicherungsträger jedoch selbst grob fahrlässig gehandelt hat, kann dies seitens

1) vgl. BGH in NJW 74, 787 (798)

2) Im konkreten Fall hat der Bundesgerichtshof die Entscheidung dadurch offen gehalten, daß er es der Berufsgenossenschaft verwehrt hat, sich zur Begründung ihres Anspruchs auf die besondere Verwerflichkeit eines Verhaltens zu berufen, das sie selbst lange Zeit bewußt hingenommen hat.

3) in seiner Entscheidung in BGH VersR 72, 171 ff.

4) vgl. Marschall von Bieberstein in VersR 72, 991 (997)

des Mitglieds nicht zu einem Ausschluß der groben Fahrlässigkeit führen, da diese unabhängig von dem Verhalten des anderen vorliegt oder nicht vorliegt.

Es soll im Rahmen dieser Arbeit nicht die Streitfrage untersucht werden, welche Rechtsnatur der Vorschrift des § 640 RVO im einzelnen innewohnt¹⁾, und ob dieser Rechtsnatur die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB widersprechen würde. Grundsätzlich erscheint mir jedoch die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB gegeben, da kein Argument ersichtlich ist, daß im Hinblick auf den Grundgedanken des § 254 Abs.1 BGB ein anderes Ergebnis rechtfertigen würde.

Im vorliegenden Fall ist ein Schadensereignis gegeben, das beiden Seiten zuzurechnen ist. Dabei ist der Zurechnungstatbestand in beiden Fällen Handlungsverantwortlichkeit, weil jeder durch sein Tun, worunter auch Unterlassen zu verstehen ist, das Schadensereignis herbeigeführt hat.

Das Unterlassen von Eingriffen seitens der Berufsgenossenschaft ist deshalb relevant im Sinne dieser Handlungsverantwortlichkeit, als von ihr Normen gesetzt werden, die ihre Mitglieder zu beachten haben. Derjenige aber, der Normen setzt, hat auch ihre Einhaltung zu überwachen und bei Verletzungen einzuschreiten. Insoweit hat der Sozialversicherungsträger auch eine Fürsorgepflicht gegenüber seinen Mitgliedern, diese auch vor eigener Schädigung zu schützen. Eine Mißachtung dieser Verpflichtung stellt m.E. ein zurechenbares Unterlassen dar. Darüberhinaus steht die Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf die §§ 844, 845 BGB außer jeder Frage. Wie die §§ 844, 845 BGB gewährt auch § 640 Abs.1 RVO einem mittelbar geschädigten Dritten einen originären Schadensersatzanspruch, so daß zwischen den Vorschriften eine Rechtsverwandtschaft besteht²⁾. Auch aus diesem Grund erscheint eine

1) vgl. hierzu die Darstellung von Kühne in VersR 73, 207

2) vgl. Kühne in VersR 73, 207 (208)

entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf den Anspruch aus § 640 RVO naheliegend.

Das Argument gegen eine derartige entsprechende Anwendung, nämlich daß der dem § 640 RVO immanente Erziehungsgedanke dadurch vereitelt würde, ist m.E. nicht durchgreifend. Ohne auf die Frage eingehen zu wollen, ob § 640 RVO überhaupt einen derartigen Erziehungszweck verfolgt¹⁾, kann - wie oben bereits ausgeführt - nur demjenigen ein Erziehungsrecht zustehen, der seinerseits für das Zustandekommen keine eigene Ursache gesetzt hat.

§ 254 Abs.1 BGB ist daher im Rahmen des Anspruchs aus § 640 RVO entsprechend anwendbar²⁾.

1) vgl. Kühne in VersR 73, 207 (208), der die Ansicht vertritt, daß die besonderen Strafvorschriften des § 710 RVO gegen die Annahme spräche, § 640 RVO verfolge ebenfalls einen Erziehungsgedanken.

2) so auch OLG Saarbrücken in VersR 73, 182 (184)

C. Anhang

Seitens der Rechtsprechung und der Literatur wurde auch außerhalb der vorstehenden Rechtsgebiete die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB **erwogen**. Ich will versuchen, nachfolgend eine Zusammenstellung der dabei aufgetretenen Rechtsgebiete wiederzugeben, wobei dem methodischen Vorgehen nur eine kurze Untersuchung gewidmet sein soll. Dabei ist von mir nicht beabsichtigt, im einzelnen das jeweilige Rechtsinstitut auf seinen Rechtsgedanken hin zu untersuchen, vielmehr soll lediglich überprüft werden, ob die Argumentation derjenigen, die eine analoge Anwendung des § 254 BGB bejahen oder verneinen, mit den gefundenen Erkenntnissen weitgehend vereinbar ist.

I. Handelsrecht

1. Übernahme eines Handelsgeschäfts

§ 142 Abs.1 HGB hat nachfolgenden Wortlaut:

"Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gericht für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen".

Was unter einem derartig wichtigen Grund zu verstehen ist, formuliert § 133 Abs.2 HGB, wonach dieser dann gegeben ist, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Die Frage ist nun, ob derjenige, der aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden soll, demjenigen, der die Gesellschaft nach § 142 HGB¹⁾ fortführt, ein Mitverschulden gem. § 254 Abs.1 BGB entgegenhalten kann.

Lediglich in einem Fall²⁾ wurde seitens der Revisionsführerin Mitverschulden nach § 254 BGB eingewendet. Die Gerichte, die mit Sachverhalten befaßt waren, die eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB nahelegten³⁾ trafen zu dieser Frage keine Aussage. In ihrer Entscheidung gehen sie davon aus, daß die Vorschriften der §§ 142 und 133 HGB selbst die Möglichkeiten einer Interessenabwägung ließen. Für den Fall, wo beide Seiten die in § 142 i.V. m. § 133 HGB genannten Gründe erfüllen würden, sei kein Platz für die Rechtsfolgen des § 142 HGB, sondern lediglich die Auflösung der Gesellschaft möglich.

§ 142 HGB sieht eine alternative Lösung vor. Entweder übernimmt der eine Gesellschafter die Gesellschaft, oder er übernimmt sie nicht. Selbst wenn man über § 254 Abs.1 BGB den Versuch machen würde, darzulegen, daß die Vorleistungen der einen Seite größer waren als die der anderen Seite, so würde auch die Rechtsfolge der § 254 Abs.1 BGB keine Möglichkeit geben, dieses angemessen zu lösen. Eine konsequente Anwendung des § 254 Abs.1 BGB hätte praktisch nur zur Folge, daß die Rechtswirkungen des § 142 HGB bruchteilmäßig auf die eine oder andere Seite verteilt werden würden. Da dies praktisch nicht durchführbar ist, ist § 254 Abs.1 BGB nicht geeignet, hier eine Lösung zu finden.

Die höchststrichterliche Rechtssprechung ist daher so zu verstehen, daß sie mangels einer gesetzlichen Lücke die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nicht in Betracht zieht.

1) dasselbe gilt auch für § 140 HGB

2) vgl. BGHZ 4, 108 (116)

3) vgl. außer BGHZ 4, 108 noch RG in HRR 1938, Nr.964; RG in DR 1942, 733

2. Gutgläubiger Erwerb gem. § 366 HGB

§ 366 HGB erweitert für den gutgläubigen Eigentums- und Pfandrechtserwerb den Vertrauensschutz des Bürgerlichen Rechts. Während letzteres bei beweglichen Sachen in den §§ 932 bis 936, 1207, 1208 BGB nur den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers oder Verpfänders schützt, schützt § 366 Abs.1 HGB den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des nichtberechtigten Veräußerers oder Verpfänders, wenn dieser eine bewegliche Sache im Betrieb seines Handelsgewerbes veräußert oder verpfändet. Mit dieser Vorschrift will das Handelsgesetzbuch dem Bedürfnis des Handelsverkehrs gerecht werden, da die Veräußerung und Verpfändung fremder Sachen im Handel Gang und Gebe ist, und es untragbar wäre, denjenigen nicht zu schützen, der von einem Kommissionär im guten Glauben an dessen Verfügungsbefugnis fremde Waren oder Wertpapiere erwirbt¹⁾.

Im Rahmen dieser Vorschrift hatte der Bundesgerichtshof²⁾ die Frage zu prüfen, ob dem dinglichen Herausgabeanspruch der Einwand des § 254 BGB entgegengesetzt werden kann.

Der Bundesgerichtshof lehnt eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB ab und betont, daß es bei der Durchsetzung der Herausgabepflicht keinerlei Rolle spiele, ob sich der Eigentümer bezüglich des Abhandenkommens oder der Weggabe der Sache noch so sehr in Selbstverschulden bewegt habe³⁾. Der Bundesgerichtshof führt weiter aus, daß die Gegenrechte des Besitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch in den §§ 994 ff. BGB geregelt seien. Die Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften seien hier nicht erfüllt. Diese Regelung sei erschöpfend, sie enthalte auch keine Gesetzeslücke.

1) vgl. Schlegelberger-Gessler, § 366 Nr.1

2) BGH in BGHLM Nr.4 zu § 366 HGB

3) vgl. BGH in BB 54, 758

Die von der Revisionsklägerin angestellten Erwägungen, mit denen sie eine Verpflichtung des Eigentümers, der schuldhaft seinen Besitz verloren habe, zum Ersatz des dem späteren Besitzer zur Erlangung des Gewahrsams gezahlten Betrags rechtfertigen wollte, liefen darauf hinaus, dem Besitzer gegenüber dem Eigentumsherausgabeanspruch ein "Lösungsrecht" zuzuerkennen, wie es vor dem Inkrafttreten des BGB auch in einigen Landesrechten (z.B. im preußischen ALR¹⁾) dem redlichen Besitzer eingeräumt worden sei, d.h. einen Gegenanspruch auf Ersatz des zum Zweck des Erwerbs des Eigentums Geleisteten²⁾. Der erste Entwurf zum BGB habe dem redlich erwerbenden Besitzer einer gestohlenen oder sonst abhandengekommenen Sache einen solchen Ersatzanspruch ebenfalls gewährt³⁾. Diese Vorschrift sei aber von der zweiten Kommission ersatzlos gestrichen worden⁴⁾. Der Gesetzgeber habe also selbst dem redlichen Besitzer einen Anspruch auf Ersatz des dem Veräußerer gezahlten Erwerbspreises nicht einräumen wollen. Für eine Fortentwicklung des Rechts in der Richtung, daß § 254 BGB entsprechend Anwendung finden sollte, fehle es somit an jedem Anlaß.

Wie bereits oben im Rahmen des § 985 BGB ausgeführt, widerspricht eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB der systematischen Stellung des Eigentümerherausgabeanspruchs. Der Bundesgerichtshof stellt in seinen oben dargestellten Gründen klar, daß auch im Rahmen des § 366 HGB nichts anderes gelten könne. Die hier zitierte Entscheidung entspricht den dargestellten Grundsätzen; eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB kommt vorliegend nicht in Betracht.

1) vgl. XV. Titel §§ 25, 26

2) vgl. Motive zum BGB III 417; Wolff, Sachenrecht, S.217

3) vgl. § 939 des I. Entwurfs zum BGB

4) vgl. Protokolle zum BGB III S.368

3. Ansprüche aus dem Frachtvertrag und Haverei

Im Seehandelsrecht wird im Rahmen der Ansprüche aus dem Frachtvertrag nach § 614 HGB und den Vergütungsansprüchen des Reeders nach §§ 702, 731 HGB (Haverei) die Frage der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB geprüft.

Insoweit liegen höchstrichterliche Entscheidungen vor¹⁾. Dabei sind sich die mit der Sache befaßten Senate darüber einig, daß eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB nicht in Betracht kommt.

Es soll darauf verzichtet werden, diese Entscheidungen im einzelnen darzulegen, da sie für die methodische Erfassung des Problems unwesentlich sind. Es sei nur erwähnt, daß im Falle der Haverei der Senat das Vorliegen einer Lücke verneint, da die Materie des konkurrierenden Verschuldens in § 736 HGB wie auch im Brüssler Übereinkommen zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen vom 23.09.1910²⁾ in Art.4 erschöpfend geregelt sei, so daß für die Anwendung des § 254 BGB kein Raum sei, während bei der Frage des Frachtvertrages festgestellt wird, daß die Zahlungsverpflichtung des Betroffenen auf der Tatsache beruhe, daß er als legitimierter Konnossementinhaber das Gut angenommen habe, wodurch kraft Gesetzes seine Schuld auf Zahlung der Fracht begründet sei. Die Möglichkeit einer Verschuldensabwägung sei insoweit nicht gegeben, da der Anspruch des anderen ohne Rücksicht darauf bestände, ob zwischen den Parteien ein Schiffsmaklervertrag zustande gekommen sei, und ob ein solcher Vertrag von einem der beiden Vertragsparteien oder von beiden verletzt worden sei.

1) für die Frage des Frachtvertrages vgl. RG in Warnmeyer Rechtssprechung 1910, 266; BGHZ 25, 310;
für die Frage der Haverei vgl. RGZ 62, 420 und
HRR 30, 1042

2) RGBI 1913, 49

Die obengenannten Vorschriften sind auf die Besonderheiten des Schiffsverkehrs zugeschnitten. Sie enthalten bereits eine erschöpfende Regelung für die Fälle, in denen an eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB gedacht werden könnte. Eine Lücke für die analoge Anwendung dieser Norm ist somit nicht gegeben.

II. Wechsel- und Scheckrecht

1. Wechselvermutung gem. Art.16 Wechselgesetz (WG)

Wer einen Wechsel in den Händen hat, gilt als dessen rechtmäßiger Inhaber, sofern er sein Recht durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten nachweist und zwar auch dann, wenn das letzte ein Blankoindossament ist. Dies bestimmt Artikel 16 Abs.1 Satz 1 WG.

In § 16 Abs.2 WG wird bestimmt, daß ein abhandengekommener Wechsel von dem neuen Inhaber nur dann herauszugeben ist, wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat, oder ihm bei Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Man könnte auch hier an eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB denken. Bei der Vorschrift des Art. 16 Abs.2 WG handelt es sich jedoch um einen Herausgabeanspruch; eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB kommt somit nicht in Betracht¹⁾.

2. Gutgläubiger Erwerb gem. Art.21 Scheckgesetz

In Art. 21 Scheckgesetz wird bestimmt, daß der Inhaber zur Herausgabe des Schecks gegenüber dem früheren Inhaber nur dann verpflichtet ist, wenn er den abhandenge-

1) vgl. RGZ 103, 91; BGH in WM 68, 507 (509);
Baumbach-Hefermehl, Art. 16 Nr.10

kommenen Scheck in bösem Glauben erworben hat, oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Wenn das Abhandenkommen auf Grund von Fahrlässigkeit des früheren Inhabers erfolgt ist, stellt sich wiederum die Frage einer analogen Anwendung des § 254 Abs.1 BGB.

Auch hier gilt das bereits oben Gesagte. Der Herausgabeanspruch desjenigen, dem die Sache, bzw. wie im vorliegenden Fall der Scheck, eigentumsrechtlich zugeordnet ist, muß sich eine analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB nicht entgegenhalten lassen. Die Inhaberschaft eines Schecks, bzw. Wechsels kann keine andere Beurteilung erfahren als das Eigentum an einer Sache.

III. Zivilprozeßrecht

Im Rahmen der ZPO ist es in zwei Fällen zu einer Prüfung der Frage gekommen, ob § 254 BGB analog anzuwenden ist; einmal im Rahmen des § 68 ZPO im Hinblick auf die Rechtskraftwirkung und zum anderen bei der Abänderungsklage nach § 323 ZPO.

1. Rechtskraftwirkung gem. § 68 ZPO

Dem Reichsgericht lag in etwa folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor¹⁾.

In einem Vorprozeß, in dem dem Beklagten seitens des Klägers der Streit verkündet wurde, traf man eine Entscheidung, die eine grundsätzliche Frage zu Ungunsten des Beklagten entschieden hat. Die bindende Wirkung ergibt sich aus § 68 ZPO, in dem festgestellt wird, daß der Nebenintervenient im Verhältnis zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht mehr gehört wird, daß der Rechtsstreit - wie er dem Richter vorgelegen hat - unrichtig entschieden

1) vgl. RGZ 145, 40

den sei. Wenn nun seitens des den Vorprozeß führenden Klägers auf Grund verspäteter Einzahlung der Prozeßgebühr die Berufungsfrist versäumt wurde, und dadurch das Urteil rechtskräftig geworden ist, besteht die Frage, ob sich der Kläger in dem vorliegenden Prozeß gem. § 254 Abs.1 BGB dieses "Verschulden" anrechnen lassen muß.

Das Reichsgericht lehnt dies mit der Begründung ab, daß in dem Fall, in dem der Einwand aus § 254 BGB gegeben wäre, gerade das verhindert würde, was § 68 ZPO erreichen will, nämlich den Einwand auszuschließen, daß der Rechtsstreit unrichtig entschieden worden sei. Man müßte nämlich, um die Frage eines ursächlichen Verschuldens zu überprüfen, erneut in die Fragen eintreten, die gerade durch die Rechtskraftwirkung des § 68 ZPO ausgeschlossen worden seien.

§ 68 ZPO dient der Prozeßklarheit und Prozeßsicherheit. Dabei handelt es sich um bindende Regeln, die in keinem Fall - wenn man von § 326 BGB absieht - durchbrochen werden können. Der Gesetzgeber hat damit seinen Willen bekundet, daß zu Gunsten der Prozeßklarheit im konkreten Fall auf Einzelgerechtigkeit verzichtet werden muß. Er hat somit das Problem gesehen. Eine Gesetzeslücke ist nicht gegeben.

2. Abänderungsklage gem. § 323 ZPO

Im Rahmen der Abänderungsklage gem. § 323 ZPO liegt eine Gerichtsentscheidung vor¹⁾, in der die entsprechende Anwendung des § 254 BGB untersucht wird.

Dabei ging es um nachfolgenden Fall.

Gemäß § 323 BGB wurde im Wege der Abänderungsklage begehrt, eine Jahresrente, die gegenüber einem anderen aus Schadensersatz geschuldet wurde, herabzusetzen.

1) vgl. RGZ 68, 352

In der Entscheidung wurde festgestellt, daß der Rentenzahlungsberechtigte auf Grund von Trunksucht seine Erwerbsunfähigkeit weiter gesteigert habe. Das Gericht stellt fest, daß in den Fällen, in denen ein Schadensersatz in Form von Rentenzahlung zu leisten sei, auf das Kausalitätsverhältnis für jeden einzelnen Zeitabschnitt abzustellen sei, so daß, wenn nach dem vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden ursächlichen Vorgang unabhängig von diesem ein neuer Umstand eintrete, der denselben Schaden ganz oder teilweise ohnehin ebenfalls verursacht haben würde, insoweit jene Ersatzpflicht weg falle. Wenn nun ein Teil der Erwerbsunfähigkeit durch Trunksucht u.a. später herbeigeführt worden sei, so falle insoweit die Rentenzahlungsverpflichtung weg. Dies ergäbe sich aus der Anwendung der Grundsätze des § 254 BGB im Rahmen des § 323 ZPO. Die für das frühere Urteil maßgebenden Verhältnisse hätten sich auch dann geändert, wenn sich herausstellen würde, daß eine an sich mögliche, nachträgliche, nicht vorhergesehene Minderung des Schadens nur durch das eigene Verschulden des Geschädigten verhindert worden sei.

Hier ist das Problem, ob die einem Schadensersatzanspruch entgegenzusetzenden Einreden, bzw. Einwendungen auch später im Rahmen einer Abänderungsklage noch vorgetragen werden können. Den entsprechenden Einstieg gibt § 323 ZPO damit, daß er klarstellt, daß im Fall einer wesentlichen Veränderung derjenigen Verhältnisse, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistung, für die Bestimmung der Höhe der Leistung oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, jeder Teil berechtigt ist, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen. Das Problem des vorliegenden Falles ist somit nicht, ob § 254 Abs.1 BGB auf § 323 ZPO entsprechend anzuwenden ist, sondern vielmehr, ob das prozessuale Institut der Abänderungsklage nach § 323 ZPO auch später noch dem Rentenanspruch ein Mitverschulden nach § 254 Abs.1 BGB entgegensetzen läßt. Materiell rechtlich ge-

sehen handelt es sich hierbei um die Frage des Schadensersatzes, so daß es nur um eine direkte Anwendung des § 254 BGB gehen kann¹⁾.

IV. Öffentliches Recht

Die analoge Anwendung des § 254 BGB spielt auch im öffentlichen Recht eine Rolle.

Dabei wird im einzelnen der Rechtsgedanke dieser Vorschrift unterschiedlichen öffentlichrechtlichen Haftungsansprüchen entgegengesetzt²⁾.

Es wird im Rahmen dieser Arbeit darauf verzichtet, die Anwendbarkeit des § 254 Abs.1 BGB im öffentlichen Recht im einzelnen anzusprechen. Lediglich im Rahmen von zwei Rechtsinstituten des öffentlichen Rechts soll geprüft werden, in welcher Weise eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB methodisch vollzogen wurde.

Es handelt sich hierbei um den Aufopferungsanspruch und den Anspruch aus enteignungsähnlichen Eingriff.

1. Aufopferungsanspruch

Das Reichsgericht³⁾ lehnte die entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf den Aufopferungsanspruch ab.

Es begründet dies damit, daß es sich bei dem Aufopferungsanspruch um keinen echten Schadensersatzanspruch, sondern um einen Aufopferungsentschädigungsanspruch handle.

Letzterer habe einen anderen Ursprung als der Schadens-

1) Erman-Sirp dagegen, Nr.5 zu § 254, sah dies als eine Frage der analogen Anwendung.

2) vgl. Schmidt in Soergel-Siebert, § 254 Nr.7 m.w.N.

3) vgl. RGZ 126, 356 (361); RGZ 140, 276 (288); RGZ 167, 14 (26)

ersatzanspruch. Er soll nämlich einen angemessenen Ausgleich für die Beeinträchtigung gewähren, die ohne Abwehrmöglichkeit hingenommen werden müsse. Er brauche nicht notwendig auf vollen Ersatz des zugefügten Schadens mit all seinen Folgen zu gehen¹⁾.

Dem widersprach die höchstrichterliche Rechtsprechung nach dem zweiten Weltkrieg. Zunächst war es das Oberlandesgericht Celle²⁾, das die entsprechende Anwendung des § 254 BGB im Rahmen des Aufopferungsanspruches bejahte. Dabei unterscheidet das Oberlandesgericht jedoch zwischen einem Mitverschulden bei Entstehen des Schadens und einer Mitverantwortlichkeit durch Unterlassung der Abwendung des Schadens. Im ersten Fall, der im Rahmen der vorliegenden Arbeit von Interesse ist, vertritt das Oberlandesgericht die Ansicht, der Meinung des Reichsgerichts, § 254 BGB sei nicht analog anwendbar, folgen zu können, da bei einem hoheitlichen Eingriff eine Mitschuld des Betroffenen im allgemeinen nicht denkbar sei.

Das Oberlandesgericht will § 254 BGB da analog anwenden, wo es um die Verpflichtung geht, durch den Eingriff erst drohende Einbußen gering zu halten oder sogar noch abzuwenden. Hierbei handelt es sich jedoch um eine analoge Anwendung des § 254 Abs.2 BGB, so daß nur mit kurzen Worten die Argumentation des Oberlandesgerichts skizziert werden soll.

Das Gericht verweist auf die Vorschriften betreffend des Gesetzes über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und des Gesetzes betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, in denen ein grobes eigenes Verschulden des Betroffenen als ausreichende Grundlage für einen Wegfall des Entschädigungsanspruches angesehen werden kann. Darin sieht das Gericht einen Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der über die Einzelfälle der Aufopferung hinaus auf das gesamte Rechtsgebiet des Aufopferungsanspruches sich erstrecke.

1) vgl. RGZ 167, 14 (26)

2) vgl. OLG Celle in NJW 1954, 559 Nr.13

Auch der BGH¹⁾ bejaht die analoge Anwendung des § 254 Abs.2 BGB. Der Bundesgerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf die Vorschrift des § 51 Abs.3 Bundesseuchengesetz, der eine sinngemäße Anwendung des § 254 BGB bestimme. Auch andere Gesetze (wie § 93 Abs.3 BBauG, § 32 Abs.2 BLG, § 13 Abs.2 SchBereichG) zeigten, daß das Gesetz von dem Betroffenen erwarte, daß er gegebene Möglichkeiten nutze, um einen Schaden, der seinem Vermögen infolge des Eingriffs drohe, zu verhindern, abzuwenden oder wenigstens zu mildern. Schließlich sei die Auffassung des Reichsgerichts nicht mehr zu halten, da nach dem heutigen Stand sich die Auffassung durchgesetzt habe, der Entschädigungsanspruch könne geeignetenfalls - wie ein Schadenersatzanspruch - im vollen Ausgleich aller vermögensrechtlichen Nachteile bestehen²⁾.

Wenn man die Begründung des Bundesgerichtshofes aufmerksam verfolgt, muß man allerdings feststellen, daß die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.2 BGB weniger auf methodischen Überlegungen beruht als darin, ob man einen Ansatzpunkt hat, von der Rechtsprechung des Reichsgerichts abzuweichen. Die Argumentation klingt so, als seien sich alle Beteiligten über die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.2 BGB im Rahmen des Aufopferungsanspruches einig, lediglich die Rechtsprechung des Reichsgerichts stände dem noch entgegen. Die Frage der Rechtsähnlichkeit zwischen den Fällen, in denen die Anwendung des § 254 Abs.2 BGB normiert ist und in Fällen wie dem vorliegenden wird nicht gestellt.

Für die Fragestellung der vorliegenden Arbeit helfen uns die genannten Entscheidungen somit nicht weiter.

1) vgl. BGHZ 45, 290 (294)

2) vgl. auch BGHZ 7, 331 (334); BGHZ 22, 43 (50)

Eine eingehende Untersuchung des Rechtsgedankens des Aufopferungsanspruches kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Sicherlich sind sich der Aufopferungs- und der Schadensersatzanspruch insoweit verwandt, als es um die Kompensation erlittener Schäden geht. Allerdings unterscheidet sich der Aufopferungsanspruch zunächst einmal darin, daß eine Restitution nicht mehr möglich ist. Er stimmt mit dem Schadensersatzanspruch damit lediglich nur insoweit überein, als es um die Frage der Kompensation geht.

Der Aufopferungsanspruch setzt auch kein Verschulden des Handelnden voraus¹⁾. Er ist lediglich eine Entschädigung dafür, daß derjenige, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohl des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt ist, eine angemessene Entschädigung erhält²⁾.

Aus dem Gedanken des Aufopferungsanspruches heraus ist zu fragen, ob ein Mitverursachungsbeitrag des Betroffenen nicht bereits bei der Frage der angemessenen Entschädigung³⁾ zu berücksichtigen ist. Wenn auch im Endergebnis kein Unterschied besteht, ob man das Mitverschulden unmittelbar bei der Frage der angemessenen Entschädigung prüft, oder ob man einen vollen Aufopferungsanspruch entstehen läßt, um ihn anschließend über § 254 Abs.1 BGB wieder zu kürzen, so widerspräche dies doch dem obendargestellten Rechtsgedanken des § 254 Abs.1 BGB. Bei einer konsequenten Anwendung dieses Gedankens, wäre der Aufopferungsanspruch nämlich von vornherein um einen die Mitverantwortlichkeit zu berücksichtigenden Anteil gekürzt. Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch aber kann beim Aufopferungsanspruch die materielle Größe

1) vgl. Bender, S.47

2) vgl. BGHZ 46, 292

3) darüberhinaus kann es in bestimmten Fällen auch schon an der Voraussetzung eines Sonderopfers fehlen, wenn sich der Geschädigte durch schuldhaftes Verhalten in die Sonderlage gebracht hat (vgl. BGHZ 17, 172 (175 f.); 31, 1 (4)).

des erlittenen Nachteils nicht von Anfang an festgestellt werden, da er grundsätzlich nicht die völlige Restitution, bzw. Kompensation des Schadens bezweckt. Aus diesem Grund besteht auch nicht die Möglichkeit, den Mitverursachungsbeitrag des Betroffenen von Anfang an quotenmäßig zu beziffern.

Es ist zwar denkbar, sich über diese domatische Schwierigkeit dadurch hinwegzusetzen, daß man einen hypothetischen Aufopferungsanspruch um den Mitverursachungsbeitrag kürzt, um den sich daraus ergebenden Geldbetrag erneut einer Prüfung im Hinblick auf die Frage der Angemessenheit zu unterziehen, jedoch stellt sich dabei die Frage, ob nach dem Wesen des Aufopferungsanspruchs die Mitverantwortlichkeit des Betroffenen nicht von Anfang an bei der Frage des Sonderopfers oder der Angemessenheit berücksichtigt werden sollte. Gerade aus dem Gedanken heraus, daß der Aufopferungsanspruch keinen Ersatz für erlittene Schäden aus verschuldetem Handeln eines anderen darstellt, sondern vielmehr dem Umstand Rechnung trägt, daß sich der einzelne aus Gründen des öffentlichen Wohls Maßnahmen unterziehen lassen muß, die ggf. geeignet sind, seine Gesundheit zu beeinträchtigen, zeigt, daß dieses Rechtsinstitut weniger der Frage des Verschuldens der Beteiligten nachgeht, als vielmehr dem Gedanken der Verantwortlichkeit der Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen. Damit ist es auch durchaus denkbar, in einem Fall, in dem ein Mitverschulden tatsächlich gegeben ist, dennoch dies bei der Höhe des Aufopferungsanspruches nicht zu berücksichtigen, da aus den Gesamtumständen des Falles heraus ein besonders kras-
ses Opfer des Betroffenen vorliegt. Dem steht auch nicht die Ansicht des Bundesgerichtshofes¹⁾ entgegen, daß der Entschädigungsanspruch im Rahmen der Aufopferung ggf. den vollen Ausgleich aller vermögensrechtlichen Nachteile umfassen könne, da auch dies letztlich das Ergeb-

1) vgl. BGHZ 7, 331 (334); 22, 43 (50)

nis einer Überprüfung im Rahmen der Angemessenheit der Entschädigung ist. Diese Anwendungsmöglichkeit kann jedoch keine Allgemeingültigkeit haben, da man sonst den Rechtsgedanken des Aufopferungsanspruches aufgeben und letztlich eine staatliche Gefährdungshaftung einführen würde.

Es ist daher erforderlich, den Umfang des Aufopferungsanspruches aus dessen Grundsätzen zu bestimmen. Falls es notwendig ist, den Mitverursachungsbeitrag des Betroffenen zu berücksichtigen, so kann dies über die Tatbestandsmerkmale des Aufopferungsanspruches ausreichend durchgeführt werden. Eine Lücke ist somit nicht gegeben¹⁾.

2. Enteignungsgleicher Eingriff

Auch beim enteignungsgleichen Eingriff handelt es sich um ein Institut, das eine Entschädigungspflicht vorsieht, ohne daß ein Verschulden vorliegen muß. Darüberhinaus besteht zwischen dem Aufopferungsanspruch und dem Anspruch aus enteignungsgleichen Eingriff Rechtsähnlichkeit²⁾, wobei sich letzterer auf die Sacheinbußen des Betroffenen bezieht.

Im Rahmen des enteignungsgleichen Eingriffs liegt im Zusammenhang mit einer analogen Anwendung des § 254 BGB lediglich eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vor, die sich allerdings mit Abs.2 dieser Vorschrift befaßt³⁾.

Ungeklärt bleibt, welche Ansicht der Bundesgerichtshof zu der Frage einnimmt, inwieweit ein Mitverschulden beim Zustandekommen des hoheitlichen Eingriffs zu berücksichtigen ist.

1) a.A. wohl Bender, S.294, allerdings ohne Begründung

2) vgl. Bender, S.47

3) vgl. BGHZ 56, 57 (64 ff.), der eine analoge Anwendung des § 254 Abs.2 BGB bejaht.

Zwischen dem Anspruch aus enteignungsgleichen Eingriff und dem Schadensersatzanspruch bestehen Parallelen. Obwohl sie in ihren Rechtsfolgen oftmals zu denselben Ergebnissen kommen, liegt beiden ein unterschiedlicher Rechtsgedanke zu Grunde. Wie auch der Aufopferungsanspruch soll beim Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff dem betroffenen Bürger ein angemessener Ausgleich für die Beeinträchtigung durch den Staat gewährt werden, die er ohne Abwehrmöglichkeit hinnehmen muß. Dieser Anspruch kann, muß jedoch nicht im Ersatz seines vollen materiellen Schadens bestehen. Der Umfang des Schadens wird im Gegensatz zum Schadensersatzrecht nicht danach festgestellt, wie der betreffende Schaden konkret zu beziffern ist, sondern danach, was die staatliche Gemeinschaft dem Einzelnen für seine Einbuße gewähren will. Auch hier wiederum geben die Tatbestandsmerkmale des Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff die Möglichkeit, ein mitwirkendes Verschulden des Betroffenen zu berücksichtigen. Eine Lücke ist somit auch hier nicht gegeben.

§ 11 Zusammenfassung der analogen Anwendungsfälle
des § 254 Abs.1 BGB (Eröffnungsnorm)

An dieser Stelle soll noch einmal kurz zusammengefaßt werden, wo nach der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung oder Literatur eine analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB hinsichtlich der Eröffnung einer Teilung außerhalb des Schadensrechts in Frage kommt. Dabei wird an dieser Stelle darauf verzichtet, noch einmal die Meinungen darzustellen, die sich nicht durchgesetzt haben. Dies gilt auch für Entscheidungen der Oberlandesgerichte, wenn sie nachfolgend von dem Bundesgerichtshof wieder aufgehoben wurden.

Soweit ich eine Meinung vertrete, die von der herrschenden Meinung abweicht, stelle ich diese gesondert dar.

Vertretung:

Der Bundesgerichtshof¹⁾ erwähnt den § 254 BGB in einem Zusammenhang, der darauf schließen läßt, daß er eine entsprechende Anwendung bejaht. Die Entscheidung des Senats muß jedoch so gedeutet werden, daß dies lediglich für die in § 254 Abs.1 BGB geregelten Abwägungsgrundsätze gelten soll. Eine klare Aussage hinsichtlich der Eröffnungsnorm fehlt.

Vertragliches Garantieverprechen (Scheckkartengarantie):

Nach dem Bundesgerichtshof²⁾ ist § 254 Abs.1 BGB entsprechend anwendbar. M.E. ist eine solche nicht gegeben.

Gewährleistungsanspruch:

Hier lehnt der Bundesgerichtshof³⁾ eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB ab.

Meines Erachtens ist im Rahmen des Gewährleistungsrechtes

1) BGHZ 50, 112

2) BGHZ 64, 79

3) BGH in NJW 1978, 2240

hinsichtlich eines Spezieszkaufes die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB gerechtfertigt.

Auftrag:

Das Oberlandesgericht Celle¹⁾ versucht die entsprechende Problematik beim Aufwendungsersatzanspruch durch eine "Anlehnung" an den § 254 BGB zu lösen. Das Bundesarbeitsgericht²⁾ wendet § 254 Abs.1 BGB analog an.

M.E. kommt dagegen eine analoge Anwendung im Auftragsrecht nicht in Betracht, da die entsprechende Problematik über den Wortlaut des § 670 BGB gelöst werden kann.

Unterlassungsanspruch:

Hier wird die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB allgemein bejaht³⁾.

Vorbeugende Unterlassungsklage:

Hier fehlt eine höchststrichterliche Rechtsprechung. Es liegt lediglich eine Landgerichtsentscheidung vor⁴⁾, die eine analoge Anwendung bejaht. Dieser Ansicht widerspricht Larenz⁵⁾, m.E. zu Recht.

Mankohaftung im Arbeitsrecht:

Hier wird die analoge Anwendung bejaht⁶⁾.

Ansprüche der Berufsgenossenschaft nach der RVO:

Der Bundesgerichtshof⁷⁾ lehnt eine entsprechende Anwendung ab. M.E. ist eine solche jedoch gegeben.

1) vgl. BGH in NJW 65, 2348

2) vgl. BAG in Betr. 70, 546

3) vgl. RGZ 138, 327; BGH in NJW 55, 344;
Mühl in Soergel-Siebert, § 1004 Nr.83, u.a.

4) vgl. LG Frankenthal in NJW 55, 263

5) vgl. NJW 55, 263

6) vgl. BAG in BB 1971, 705; Schaub, S.201

7) vgl. BGH in VersR 72, 171

Öffentliches Recht:

Beim enteignungsgleichen Eingriff und Aufopferungsanspruch bejaht der BGH zwar eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB, diese bezieht sich jedoch nur auf die Abwägungsgrundsätze, die in dieser Norm geregelt sind. In der Literatur¹⁾ wird die entsprechende Anwendung auch für den § 254 Abs.1 BGB bejaht.

M.E. kommt eine entsprechende Anwendung jedoch nicht in Betracht.

Ich weise an dieser Stelle noch einmal darauf hin, daß weitergehende Fälle der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB, die in den Kommentierungen genannt werden, entweder direkte Anwendungsfälle des § 254 BGB sind, oder aber die Voraussetzungen der Vorschrift betreffen, die die Abwägung regeln. Es soll noch einmal hervorgehoben werden, daß die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.2 BGB wie die des § 254 Abs.1 BGB, soweit die Abwägungsgrundsätze betroffen sind, nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind. Insoweit wird auf die Kommentierung verwiesen, wobei jedoch zu beachten ist, daß oftmals die Unterscheidung zwischen § 254 Abs.1 BGB und § 254 Abs.2 BGB ebenso wenig deutlich gemacht wird, wie im Rahmen des Abs.1 nicht zwischen der Eröffnungs- und der Abwägungsnorm unterschieden wird.

1) vgl. Bender, S.294

Kapitel IV

Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

§ 12 Das Rechtsprinzip

A. Allgemeines

Die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 254 Abs.1 BGB außerhalb des Schadensrechts zeigt, daß in dieser Vorschrift ein Rechtsprinzip enthalten ist, das über seinen eigentlichen Anwendungsbereich hinausgeht. Dieses Rechtsprinzip besagt, daß eine negative Rechtsfolge denjenigen anteilmäßig zugerechnet wird, die an seinem Entstehen in zurechenbarer Weise mitgewirkt haben.

Es ist nunmehr zu fragen, ob damit die Möglichkeit gegeben ist, eine Rechtsfortbildung durchzuführen, die über den Plan des Gesetzes hinausgeht¹⁾. Dies hätte in der Form zu geschehen, daß aus dem in § 254 Abs.1 BGB enthaltenen Rechtsprinzip ein neues Rechtsinstitut entwickelt wird, das den oben ersichtlich gewordenen Problemen Rechnung trägt.

Als ein derartiger Versuch muß die Ansicht Mertens gedeutet werden²⁾, der in § 254 BGB eine allgemeine Soziabilitätsschranke der Schadensberechnung sieht, mit dessen Hilfe man im Wege einer Billigkeitsreduktion die Schadensfolge angemessen begrenzen könne. Mertens meint, daß sich das BGB dadurch, daß es nur den Unrechts- und nicht den Unglücksschaden regelt, einer wichtigen sozialpolitischen Aufgabe entzogen habe. Da das moderne Zeitalter den Einzelnen zwangsläufig an vielfältigen Gefahren teilhaben lasse, müßten ihm die daraus resultierenden erhöhten

1) vgl. zum Begriff der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung, Larenz, Methodenlehre, S.402, 403.

2) vgl. Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S.102, in FamRZ 68, 131.

Schadensrisiken abgenommen werden.

Als einen ähnlichen Versuch, über eine Abkehr vom Grundsatz der Totalreparation zu Ergebnissen zu kommen, die als gerecht empfunden werden, ist auch der Referentenentwurf von 1967¹⁾ zu werten, der mit Hilfe eines neuen § 255 a die Möglichkeit einführen will, die Schadenersatzansprüche zu reduzieren, wenn der Schaden im Hinblick auf die die Ersatzpflicht begründenden Umstände außergewöhnlich hoch ist^{2) 3)}.

Während sich diese Versuche einer Rechtsfortbildung noch im Rahmen des Schadensrechts bewegen, stellt sich im Hinblick auf die Themenstellung der vorliegenden Arbeit die Frage, ob sich nicht auch ein ähnliches Rechtsinstitut für die hier behandelten Probleme entwickeln lasse. Man könnte daran denken, das in § 254 Abs.1 BGB ausgesprochene Rechtsprinzip derart zu erweitern, daß es ähnlich wie die Vorschriften der §§ 138, 242, 826 BGB den Charakter einer Generalklausel bekommen könnte. Dies umso mehr, als die praktischen Fälle zeigen, daß die Zahl der Anwendungsmöglichkeiten des § 254 Abs.1 BGB über das Schadensrecht hinausgehen und in vielen Fällen es nicht von der Hand zu weisen ist, daß eine entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu einer billigen und gerechten Entscheidung führen könnte.

Daraus ergibt sich zum einen die Frage, welche Grenzen das in § 254 Abs.1 BGB enthaltene Rechtsprinzip hat, und zum anderen, ob diesen im Form eines schriftlich fixierten Rechtsinstituts Geltung zu geben ist.

1) Teil II, S.24

2) vgl. Weidner, S.46, 47

3) Eine derartige Aufweichung des Grundsatzes der Totalreparation wird von dem heutigen Instrumentarium der Rechtsdogmatik nicht beherrscht und widerspricht einem tragenden Gesichtspunkt des herrschenden Schadensrechts; vgl. auch Fußnote 2 auf S.129 der vorliegenden Arbeit.

B. § 254 Abs.1 BGB als allgemeine Teilungsnorm

Nach Larenz¹⁾ handelt es sich bei § 254 BGB um eine flexible Norm, die in das bewegliche System der Zurechnungsgründe hineinprojiziert sei, und die fähig sei, auch neue Erscheinungen des Rechtslebens in sich aufzunehmen.

Andere Verfasser²⁾ glauben, über den § 254 BGB hinaus eine allgemeine Teilungsvorschrift formulieren zu können. Die Schadensteilung sei ein für alle außervertragliche Schadenshaftungen einheitliches Institut. Da jede Eröffnungsnorm (also z.B. § 254 BGB) auch eine Haftungsnorm habe (nach Wochner im Fall des § 254 BGB der § 823 BGB) könne man die Schadensaufteilung als ein für alle Gebiete verbindliches einheitliches Rechtsinstitut entwickeln³⁾.

Diese Feststellungen, die ausschließlich für das Schadensrecht entwickelt wurden, können in dieser Form für andere Rechtsinstitute keinen Bestand haben. Dagegen spricht, daß in einigen Rechtsinstituten des bürgerlichen Gesetzbuches noch der culpa-Gedanke enthalten ist, so daß zumindest insoweit nicht von einer Einheitlichkeit der Schadensteilung gesprochen werden kann.

Es wurde bereits ausgeführt, daß vor Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches in das deutsche Recht weitgehend das culpa-Prinzip vorherrschte. Die Einführung des § 254 BGB trug nicht nur der Tatsache Rechnung, daß diese von weiten Kreisen der am Rechtsleben Beteiligten - meistens über die sie jeweilig angehenden Rechtsgebiete - gefordert wurde, sondern spiegelt auch in nicht unerheblicher Weise den umfassenden Wandel der Rechtsauffassung wieder. Wie einige Stimmen in der Literatur die heutige Zeit dafür reif halten, eine Vorschrift aufzustellen, die im Wege

1) Larenz in JuS 65, 379

2) vgl. Wochner, S.191 ff.

3) Weidner, S.25 nennt dies auch das Prinzip der Parallelität

allgemeiner Billigkeit Gesichtspunkte die Folgen eines Schadens verteilt, so hat die damalige Zeit gesehen, daß das culpa-Prinzip zu undifferenziert ist, um den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden. Es ist sicherlich kein Zufall, daß sich auch zu diesem Zeitpunkt im Hinblick auf methodische Fragen Diskussionen ausbreiteten, die teilweise neue Gesichtspunkte in die Rechtstheorie brachten (wie z.B. die Interessenjurisprudenz u.a.).

Es soll in dieser Arbeit nicht darauf eingegangen werden, inwieweit die soziale und wirtschaftliche Wirklichkeit Anlaß gewesen ist, das Rechtsbewußtsein der entsprechenden Beteiligten zu verändern. Sicher erscheint mir jedoch, daß die Einführung des § 254 BGB, die uns heute so selbstverständlich und überzeugend erscheint, als ein Markstein angesehen werden muß, der rechtshistorisch von erheblicher Bedeutung ist. Dabei läßt sich im Rahmen dieser Arbeit nicht die Frage beantworten, ob dieser Bewußtseinswandel mehr auf Grund gesellschaftlicher und ökonomischer Realitäten zurückzuführen ist, oder ob die Einführung des § 254 BGB unter dem Hintergrund veränderter geistiger und rechtstheoretischer Auffassungen zu sehen ist.

Diese geschichtliche Betrachtung mag für die anstehenden Fragen insoweit von Interesse sein, da man sich in Weiterführung der oben dargestellten Ansicht von Mertens die Frage stellen kann, ob nicht die heutige Zeit mit ihrer Vielzahl von sozialen Absicherungen durch öffentlich-rechtliche Versorgung, durch private Sicherung in Form von Haftpflicht-, Unfall- oder sogar von Rechtsschutz-Versicherungen immer mehr die Notwendigkeit mit sich bringt, vom bisherigen Bild der Schadensverteilung abzugehen und diese Sicherheiten bei der Regulierung von Rechtskonflikten im Auge zu behalten. Nicht allein die Tatsache, daß hinter dem einzelnen Bürger in der Regel mächtige Institutionen stehen, die in den meisten Fällen

katastrophale Folgen von ihm abwenden, mag ausschlaggebend sein, sondern auch der Umstand, daß unsere Gesellschaft gegenwärtig so organisiert ist, daß der Einzelne kaum mehr vernünftig leben kann, ohne nicht in seinem Leben eine Fülle von Rechtsverhältnissen einzugehen. Damit werden Verträge und rechtliche Verpflichtungen immer mehr ein wesentlicher Bestandteil der Lebensgestaltung, auf den der Einzelne in der Regel nicht verzichten kann. Verliert aber eine vertragliche Bindung immer mehr ihre Besonderheit, so werden rigide Anforderungen in manchen Fällen immer zweifelhafter.

So erscheint es unbillig, daß derjenige, der um 12 Uhr einen Kaufvertrag über ein Möbelstück abschließt, das von dem Vertragspartner selbst bestellt werden muß, und dessen Lieferung 6 Wochen dauert, nicht um 13 Uhr von diesem Kaufvertrag zurücktreten können soll. Der Grundsatz des *pacta sunt servanda* erscheint im vorliegenden Beispielsfall als unbillig, da sich in der Regel beim Vertragspartner noch kein schützenswertes Vertrauen gebildet hat. Dem tragen viele Verkäufer auch dadurch Rechnung, daß sie aus Kulanzgründen derartige Verträge stornieren.

Ähnliche Beispielsfälle lassen sich vielfach bilden. Es kann zusammenfassend gesagt werden, daß ständige Vertragsverpflichtungen notwendiger Bestandteil einer sinnvollen Lebensführung in der Gegenwart geworden sind. Diese rechtlichen Verpflichtungen werden jedoch für den Unkundigen in vielen Fällen (öffentliche Versorgung, Versicherung u.a.) immer unübersichtlicher. Dementsprechend entwickelt die Rechtsprechung über eine Auslegung des § 242 BGB oder über die Normierung von unselbständigen Nebenpflichten Rechtsfolgen, die den Besonderheiten der vertraglichen Verpflichtungen Rechnung tragen. Unter diesen Umständen muß man sich fragen, ob es da nicht nur ein konsequenter Schritt wäre, wenn man das in § 254 BGB enthaltene Prinzip zu einem allgemeinen Grundsatz macht und damit seine Anwendungsmöglichkeiten erweitert.

C. Inhalt und Grenzen des in § 254 Abs.1 BGB enthaltenen
Rechtsprinzips

Noch das Reichsgericht¹⁾ verneinte, daß aus § 254 BGB der Rechtssatz abgeleitet werden könne, daß jedes Verschulden, woran Rechtsfolgen für einen anderen abgeleitet werden, durch ein mitwirkendes Verschulden des Anderen entkräftet oder gemindert werden könnte. Daraus folgert Keller²⁾, daß eine allgemeingültige theoretische Grenzziehung des Anwendungsbereiches des § 254 BGB nicht möglich sei. Während nämlich aus § 254 BGB ein Rechtsgrundsatz in der oben definierten Weise nicht abgeleitet werden könne, bestände andererseits Einigkeit, daß außerhalb des Schadensrechts das Mitverschulden unter Umständen Berücksichtigung finden könne.

Keller beruft sich bei seiner Argumentation auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts³⁾. Dabei berücksichtigt er nicht, daß die zitierten Stellen eine Anwendung des § 254 BGB verneint haben, wo eine solche mangels Lücke innerhalb des entsprechenden Rechtsinstitutes nicht statthaft ist. Jedes Rechtsprinzip findet dort seine Grenze, wo es der Gesetzgeber offensichtlich nicht angewendet wissen will.

Aus diesem Grund muß jedoch auf eine allgemeingültige, theoretische Abgrenzung nicht verzichtet werden.

Der Sinn einer solchen Abgrenzung wurde bereits angesprochen⁴⁾. Das Recht hat sich vor der uferlosen Anwendung seiner Prinzipien zu schützen. Es muß vorhersehbar sein und dogmatisch fundiert.

1) vgl. RGZ 62, 420

2) vgl. S.28

3) RGZ 62, 420 (424); RGZ 93, 281 (282 f.); 126, 356 (361); 149, 34 (39); auch RGZ 71, 187 (191)

4) vgl. S.3 f. der vorliegenden Arbeit.

Die Frage nach der Grenze des Rechtsprinzips umfaßt gleichzeitig seinen Inhalt. Das Rechtsprinzip des § 254 BGB wurde eingangs bereits allgemein definiert. Bei einer eingehenderen Betrachtung ergibt sich m.E. daraus das folgende Bild.

Bei zurechenbarer Verletzung der Integrität eines anderen ist von dem Verletzer nach dem Willen des Gesetzgebers der Zustand wieder-herzustellen, der bestehen würde, wenn er die verletzende Handlung nicht begangen hätte (§ 249 Abs.1 BGB). Gleichmaßen anwendbar sind die Regeln über den Schadensersatz da, wo vertragliche oder gesetzliche Verbindlichkeiten nicht oder nicht gehörig erfüllt wurden. Im Rahmen des Schadensersatzes hat der Gesetzgeber Fälle vorausgesehen, wo das starre Schema der Restitution nicht einhaltbar ist, so daß § 249 Abs.2 BGB und § 251 BGB für eine verfeinerte Regelung des Konfliktes eingeführt wurden.

In jedem Fall dient der Schadensersatz dem Ziel, einen wirtschaftlich gleichwertigen Zustand herzustellen¹⁾; die Schadensersatzregeln sollen die Folgen des Schadensereignisses beseitigen.

Dies heißt, daß der Aufwand in jedem Fall - sieht man vom Schmerzensgeld ab - nach objektiven Kriterien zu bemessen ist. Das bedeutet, daß der Geschädigte aus dem Schadensereignis keinen Vorteil ziehen kann²⁾.

Sieht man die grundsätzliche Verpflichtung zwischen den einzelnen am Rechtsleben Beteiligten darin, dem anderen keinen Schaden zuzufügen, so stellt demgemäß der Anspruch auf Schadensersatz einen aus diesem Anspruch abgeleiteten, somit "sekundären" Anspruch³⁾ dar. Anstelle der ursprüng-

1) RGZ 76, 146; st.Rspr.

2) vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S.417

3) nicht zu verwechseln mit sekundären Leistungspflichten, wobei Identität dann besteht, wenn Schadensersatz wegen unzureichender Erfüllung einer primären Pflicht geschadet wird; vgl. dazu Larenz, Schuldrecht AT, S.7.

lichen Verpflichtung tritt eine andere, die in unterschiedlicher Weise das Ziel der ursprünglichen Verpflichtung ebenfalls gewährleisten soll.

Nun ist die Restitution und die Kompensation in ihren Folgen teilbar. In beiden Fällen ist im Vorhinein abzusehen, welcher Aufwand notwendig ist, da sich dieser nach objektiven Kriterien bestimmen läßt. Aus der Möglichkeit, das Resultat eines Schadensereignisses mit dem ursprünglichen Zustand zu vergleichen, den Aufwand der Restitution bzw. Kompensation also objektiv festlegen zu können, muß sich zwangsläufig die Überlegung ergeben, ob der entsprechende Aufwand nicht danach verteilt werden soll, wie das ihm zugrundeliegende Ereignis zustande gekommen ist. Damit sind die Überlegungen angebracht, die bereits oben im Rahmen des Rechtsgedankens des § 254 BGB ausgeführt wurden.

§ 254 BGB trifft eine Regelung im Rahmen eines abgeleiteten Anspruches. Abgeleitet deshalb, weil der Schadensersatzanspruch - wie oben bereits ausgeführt - nur als Ersatz, bzw. Ausgleich dafür dienen soll, daß das ursprüngliche Rechtsverhältnis, nämlich Wahrung der gegenseitigen Integrität oder eine vertragliche Verpflichtung nicht gehörig erfüllt wurde. Aus einem solchen gestörten Vertragsverhältnis entwickelt sich der Schadensersatzanspruch als neues Rechtsverhältnis. Außerhalb des Vertragsrechtes führt die Mißachtung der Verpflichtung, die Integrität des anderen zu achten, dazu, daß ein Schuldverhältnis entsteht mit dem Inhalt, die Verletzung wieder-gutzumachen.

Diese Überlegungen rechtfertigen auch die analogen Anwendungsfälle. So geht dem Unterlassungsanspruch eine Störung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses voraus. Die Manko-haftung ist das Ergebnis dienstvertraglicher Verpflichtungen, die nicht ordentlich erfüllt wurden.

M.E. stützt dies auch die von mir vertretene Ansicht, daß im Rahmen des Gewährleistungsrechts beim Kaufvertrag

§ 254 Abs.1 BGB Anwendung finden muß, da auch hier das ursprüngliche Rechtsverhältnis, nämlich der Kaufvertrag, nicht ordnungsgemäß abgewickelt wurde, so daß sich daraus ein neues Schuldverhältnis, nämlich der Gewährleistungsanspruch ableitet und dem Käufer die Möglichkeit gibt, für seine enttäuschten Erwartungen einen Ausgleich zu schaffen oder aber den ursprünglichen Zustand durch Lösung des Vertragsverhältnisses wiederherzustellen.

Diese Aussagen zeigen das allgemeine Prinzip und dessen Grenzen. Die Folgen einer Rechtsbeziehung können kraft Gesetzes nur dort geteilt werden, wo sich aus dieser Beziehung ein neues entwickelt hat, das nur der Wiederherstellung oder Kompensation der eingetretenen Störung dient, und ohne das das ursprüngliche Rechtsverhältnis nicht denkbar und existenzfähig wäre.

Die Gegenbeispiele zeigen, wo für § 254 Abs.1 BGB kein Anwendungsgebiet ist. Der Herausgabeanspruch dient der Rechtsgüterzuordnung. Er setzt keine bestehende Rechtsbeziehung voraus und dementsprechend auch keine Störung einer solchen. Der Bereicherungsanspruch kann zwar unter Umständen die Folge einer gestörten Vertragsbeziehung sein, er dient jedoch nicht der Beseitigung dieser Störung, sondern stellt für sich ein gesetzliches Schuldverhältnis dar, das in seiner Wirksamkeit von dem Bestehen eines anderen Schuldverhältnisses unabhängig ist. Wenn man im Rahmen dieser "primären" Rechtsverhältnisse § 254 BGB anwenden wollte, so würde man der vom Gesetzgeber, bzw. vom Recht gewollten Regelung zuwiderlaufen. Allein der "Sekundäranspruch" rechtfertigt es, die Mitwirkung desjenigen, der ihn geltend macht, zu berücksichtigen. Dieser Anspruch ist aus dem Rechtskonflikt entstanden, d.h., bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Rechtsverhältnisses wäre er nicht zum Entstehen gekommen. Er will somit etwas reparieren, was zerstört wurde. Hier rechtfertigt sich die Berücksichtigung eines Mitverschul-

dens oder sonst zurechenbaren Anteils, weil bei der Lösung des Konflikts eine Entscheidung ergeht, die die Interessen der Beteiligten tangieren muß. Dabei ist es die gerechteste und billigste Lösung, eine Entscheidung zu treffen, die den jeweiligen Anteil der Beteiligten berücksichtigt. Der daraus entstehende Interessengegensatz wäre gerechtfertigt durch die Wahrung des Prinzips der Gerechtigkeit, dem sich das jeweilige Einzelinteresse in jedem Fall beugen muß.

Es ist somit festzustellen, daß das Anwendungsgebiet des § 254 Abs.1 BGB in der Weise eingegrenzt werden kann, daß es nur dort Anwendung findet, wo es sich um einen abgeleiteten, sekundären Anspruch handelt.

§ 13 Die Formfassung des Rechtsprinzips

Aus den obengenannten Erkenntnissen ergibt sich die Frage, ob es notwendig und sinnvoll ist, § 254 BGB in eine entsprechende Form zu bringen. Dabei könnte man daran denken, in das BGB eine Regelung aufzunehmen, die dem allgemeinen Teil zugeordnet wird und etwa dahingehend lautet, daß in Rechtsverhältnissen, in denen das ursprüngliche Leistungsverhältnis in irgendeiner Weise gestört oder nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, bei der Lösung der sich daraus ergebenden Konflikte, das jeweilige zurechenbare Verhalten der Beteiligten dahingehend berücksichtigt wird, daß seine Ansprüche eine entsprechende Reduzierung erfahren. Die Frage ist jedoch, ob damit dem Recht in sinnvoller Nutzen erbracht worden wäre.

Ohne Zweifel handelt es sich bei § 254 BGB um eine Vorschrift, die Wertungsgesichtspunkte eher bevorzugt als das Prinzip logischer Subsumption. Nicht allein die Tat-

sache, daß die Formulierung "bei der Entstehung des Schadens" sehr allgemein gehalten ist, sondern auch der Umstand, daß dem Richter letztlich die Abwägung der entsprechenden Haftungsanteile überlassen bleibt, bestätigt obige Folgerung. § 254 BGB tendiert zur Generalklausel.

Wenn man nun oben erwähnte Formfassung treffen würde, würde dies dem Generalklausel-Charakter noch mehr Rechnung tragen und die rechtliche Grundlage dafür bieten, Konflikte vollständig einer richterlichen Wertung zu überlassen. Richterliche Wertung - so notwendig sie ist - ist jedoch für denjenigen, der ihr seine Interessen unterbreiten muß, im vorhinein nur schwer abzuschätzen. Das Recht muß jedoch für diejenigen, die sich ihm unterwerfen müssen, soweit wie möglich kalkulierbar sein, da man nur dadurch seinem Anspruch auf Gehorsam gerecht werden kann.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Gedanken an konstruktiver Begründung und systematischer Erfassung des Rechts immer wieder eindringlich zu verfolgen und Versuche, rechtliche Konflikte dem Richter mit Hilfe einer Generalklausel zu überlassen, abzuwehren. Wenn die Generalklausel immer mehr an die Stelle der Einzelregelung tritt, hat der Gesetzgeber versagt¹⁾. Immer wenn sich eine rechtliche Lösung aus den Entscheidungsgründen des Richters mit Hilfe einer Generalklausel ergibt und weniger aus der Anwendung konkreter Rechtsvorschriften, entschwindet die Rechtsprechung aus dem Bereich der tatbestandlich gebundenen Normanwendung in den des Psychologischen und Soziologischen. Wenn der Richter seine Entscheidungsgründe nicht mehr aus einzelrechtlichen Vorschriften oder systematischen Konstruktionen entnimmt, sondern mit Hilfe der Generalklausel in eine persönliche Überlegung eintritt, ist die tragende Stütze nicht mehr das Wissen um das Recht, sondern der Beurteilungsmaßstab des Richters, der in nicht geringem Maße durch Einzelerfahrung und individuelle Erlebnisse geprägt ist. Hier

1) vgl. auch Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, S.66 ff.

muß das Recht entgegenwirken. Diejenigen, die berufen sind, das Recht in seiner Wirksamkeit zu erhalten, müssen ständig an seiner Konstruktion arbeiten. Generalklauseln müssen Ausnahmen bleiben.

Daraus ergeben sich folgende Möglichkeiten.

Zum einen kann man versuchen, für die analoge Anwendung des § 254 Abs.1 BGB die entsprechenden methodischen Grundlagen zu geben, so daß es dem Richter verwehrt ist, diesen Rahmen zu verlassen.

Zum anderen könnte man jedoch auch durch Einführung einer entsprechenden Vorschrift eine klare Regelung nennen, in welchen Fällen das Mitverschulden, bzw. die Mitverursachung durch den anderen Anwendung finden soll. Wenn auch eine derartige Formfassung den Vorteil ihrer unmittelbaren Faßbarkeit aufweisen würde, ist doch fraglich, ob eine solche Formfassung sinnvoll und notwendig wäre. Es würde in einem solchen Fall in einer gravierenden Weise in die bestehende Kodifikation des BGB eingegriffen werden. Die daraus entstehende Verwirrung und Neuorientierung wäre nicht gerechtfertigt, angesichts der relativ geringen Breite der anzuwendenden Fälle. Auch im Hinblick auf eine Begrenzung wäre damit wenig gesagt, da auch die neu konstruierte Vorschrift durchaus Grundlagen für neue Analogien bieten würde. Die Fragestellung wäre somit weiterhin dieselbe. Die Einführung einer entsprechenden Vorschrift erscheint mir deshalb unzweckmäßig und nicht gerechtfertigt.

Es bliebe die Frage, ob man bei den Rechtsinstituten, in denen sich die entsprechende Anwendung des § 254 Abs.1 BGB anbietet, die Berücksichtigung der Mitverursachung im Wege einer Novellierung hinzufügen soll. Die Folge eines solchen Vorgehens des Gesetzgebers wäre jedoch, daß künftig das Schweigen an anderer Stelle derart gedeutet werden müßte, daß man es als ein bewußtes Schweigen, d.h. als planvolle Lücke auffaßt. Der Gesetzgeber wäre damit vor die Situation versetzt, in einem starken Maße in Überlegungen einzutreten,

die einen hohen Aufwand erfordern, andererseits aber durch den praktischen Nutzen nicht gerechtfertigt wären. Dies umsomehr, als man sich die Frage stellen müßte, warum gerade die Vorschrift des § 254 BGB Anlaß für eine derartig weitreichende Novellierung geben sollte.

M.E. ist es das Sinnvollste, es bei einer analogen Anwendung des § 254 Abs.1 BGB zu belassen. Diese hat jedoch einer Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken und in methodisch nachvollziehbarer Weise zu erfolgen. Dies setzt voraus, daß sich bei denjenigen, die § 254 BGB in der täglichen Praxis anwenden, ein entsprechendes Problembewußtsein entwickelt, und die Bereitschaft, für eine rechtstheoretische Fundierung zu sorgen.

Lebenslauf

Am 29.7.1947 wurde ich als zweites Kind des Kaufmannes Hans Hasper und seiner Ehefrau Ingeburg geb. Ehrich in Esslingen/Neckar geboren. Nach unserem Umzug nach Stuttgart wurde ich dort 1954 eingeschult. Aus beruflichen Gründen meines Vaters verlegten wir 1957 unseren Wohnsitz nach Frankfurt/M., wo ich 1958 in das humanistische Gymnasium aufgenommen wurde. Dort bestand ich im Herbst 1966 das Abitur.

Am 3.1.1977 wurde ich für zwei Jahre zur Bundeswehr nach Bad Reichenhall eingezogen.

Mein Jurastudium begann ich im Sommersemester 1969 in Frankfurt/M. Nach zwei Semestern wechselte ich im Sommersemester 1970 nach Freiburg, wo ich im Herbst 1973 das erste Staatsexamen ablegte.

Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich in Stuttgart und legte die zweite juristische Staatsprüfung im Sommer 1976 ab.

Seit 1976 bin ich in Stuttgart als Rechtsanwalt tätig. Am 1.12.1978 heiratete ich die Rechtsanwältin Margarete Clauß.

